

کتابخانه مرکزی آستان قدس رضوی

نام کتاب جواهر الکلام (- فی شرح شرائع الاسلام)
مؤلف متن ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن محقق حلی محشی
شارح محمد حسن بن محمد باقر نجفی مترجم
تاریخ تحریر ---- نوع خط نسخ تعداد سطر ۳۱
جزء کتب فقه زبان عربی عدد اوراق ۲۵۰
طول ۳۰/۵ عرض ۲۱ شماره عمومی ۲۵۲۵۴
وقفی / خریداری ---- تاریخ وقف / خریداری ۱۹۹
ملاحظات جلد تیماج ... زرکوب ... دوجانبه ...
کاغذ نخودی آهار مهره ...

اندازهٔ نوشته ها: ۵X۲۱/۵

١٠١

٣ جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام (عربی)

موضوع: فقه استدلالی شیعه

آغاز: بعد از بسمله کتاب الضمان الذی هو عندنا علی ما اعترف به غیر واحد

انجام: تم کتاب الوصیة ویتلوه الکلام فی کتاب النکاح والله الموفق

اندازه: (٣١) ٣٠ × ٢٠ برگ (٢٤٦)

خط نسخ کاغذ نخودی صیقلی جلد تیماج زرکوب

بر فراز متن خط کشیده و عناوین را با شنگرف در حاشیه نوشته اند

مؤلف: شیخ المشایخ و استاد الاساتید شیخ محمد حسن بن الشیخ محمد باقر نجفی اصفهانی

جواهر الكلام من اول الضمان الى تمام الوصية

وبه نستعين

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الضمان الذي هو عندنا على ما اعترف به غير واحد مشتق من الضمن لانه ينقل ما كان في ذمته من المال ويجعله في ضمن ذمة اخرى
او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه اصلية خلافا لما عن اكثر العامة من انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم
والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة وفيه ما لا يخفى من منافاة وجود النون في جميع تصاريفه الابدي
اشتقاقه مما فيه النون من الخالي عنها وهي كما ترى ومن صعوبة تحققه في نحو ضمان النفس وظهور قولهم الزعيم غارم في اختصاص الغرم
به ولغير ذلك مما هو في مذهب الخصم بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعدا بمال واحد وقد بينا ان المشغول به في تعاقب الايدي
على المغصوب ذمة واحدة وهو من تلف في يده المال مثلا وان جاز له الرجوع على كل واحد والا فهو مناف للمقطوع به في مذهبنا واما
الثمرات على القولين فهي واضحة الفساد منها صحة الدور فيه على مذهبنا كان يضمن الاصيل ضامنه او ضامن ضامنه دون مذهبهم والتسلسل
كان يضمن اجنبي الضامن وهكذا التحقق الترامي عندنا فيصح كل ضامن مع الاذن بما اداه على مضمونه لا على الاصيل وفي الاول يسقط الضمان
ويرجع الحق كما كان ثم يترتب عليه احكامه كظهور اعسار الاصيل الذي صار ضامنا الموجب لخيار المضمون له في فسخه والرجوع الى المضمون
عنه الذي صار ضامنا ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا الا ما يحكى عن ط من منع الاول لاستلزامه صيرورة الفرع اصلا وبالعكس ولعدم الفائدة
ورد بان الاول غير صالح للمانعية والثاني بذلك وبما سمعته من الفائدة وعلى كل حال فهو بالمعنى الاعم الشامل له بالمعنى الاخص والحوالة
والكفالة ولو على جهة المجاز عقد شرعي للتعهد بمال او نفس واثر العقد وغيرهما على حسب ما عرفت البحث فيه في كتاب البيع والتعهد
بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فهنا ثلاثة اقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان
بالمعنى الاخص الذي يدخل فيه ضمان الاعيان بناء عليه وممن عليه له مال وهو الحوالة ولكن سيأتي صحة الحوالة على البريء الا ان هذا
التقسيم جار على محل الوفاق او باعتبار وهذا القسم من الحوالة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا وحوالة
يسهل معه الخطب بل الامر في جميع ذلك كله سهل وعلى كل حال فالاول ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال وهو المسمى بالضمان بقول
مطلق الذي هو المعنى الحقيقي المتبادر عند الاطلاق وما تقدم سابقا من تقسيم الضمان الى الثلاثة لا ينافي ذلك اذ يمكن ان يكون بحسب المعنى المجازي
بالعارض وان كان هو في الاصل المعنى الحقيقي الا انه قد هجر او انه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى العام والخاص والاشتهار احد قرائن
تعيين الثاني عند الاطلاق او انه باق على الاشتراك المعنوي الا ان الاشتهار قرينة على ارادة تعيين الاخص عند الاطلاق هذا لكن في الك
انه حقيقة ايضا بالنسبة الى مطلق الضمان وان كان في الحوالة والكفالة مجازين بالنسبة اليه الى بالمعنى الاخص نحو ما قيل في تقسيم مطلق
الماء الى المضاف والمطلق وان كان الاول مجازا بالنسبة الى الماء المطلق وفيه ما لا يخفى ان لم يرجع الى ما ذكرناه من منافاته للاصطلاح وكونه
نوعا حقيقيا للمعنى المجازي لا يقتضي اطلاقه عليه حقيقة كما هو واضح ومطلق الضمان انما هو مفهوم لا لفظ خاص اذ الكلام في لفظ الضمان
عند الاطلاق ولعله لذا قال بعد ذكر ما سمعت وفيه بحث وعلى كل حال ففيه بحوث ثلاثة اذ البحث في الصيغة وفي اعتبار لفظ
خاص منها وعدمه قد تقدم البحث فيه في الكتب السابقة وباقي الكلام فيه الاول في الضامن ولا بد ان يكون مكلفا لما مر غير
مرة من سلب عبارة غيره في امثال المقام بل لا بد ان يكون مع ذلك جائز التصرف الشامل لذلك فلا اشكال في انه لا يصح ضمان الصبي ولا المجنون

الضمان عقد شرعي

٣

المجنون ولا مع اذن الولي ولو ضمن المملوك لم يصح الا باذن مولاه وفاقا للجماعة منهم الشيخ والفاضل في بعض كتبه والشهيد والكركي على ما حكي عن
بعضهم لما ذكر في جملة من الكتب مما لا حاصل له بل لما في الآية من عدم قدرته على شيء المستدل بها على قبل في كثير من النصوص على منعه من تصرف غير
المال فضلا عنه فيعلم منها مضافا الى الظهور اللفظي في نفسه عدم اختصاص النفي بالمال بل يكون ذلك هو الاصل فيه الا ما خرج وما ثبت
في ذمته قهرا من عوض اتلاف ونحوه لا ينافي ذلك ضرورة عدم كون ذلك من قدرته وانما هو من جعل الشارع ولا اقل من الشك لذلك
في تناول العمومات لمثله فيبقى اصل بقاء الحق على حاله خلافا للمحكي عن كره والمخ فيصح للعمومات السالمة عن معارضة الملكية المقتضية
للمنع من التصرف المنافي لحق المولى ضرورة انه على الصحة يتبع به بعد العتق وهو غير مناف لشيء من حقوق السيد وفيه ان نفي القدرة
على شيء اعم من ذلك نعم اذا اذن له مولاه صح عندنا في محكي ط بل قولا واحدا في محكي كره للعمومات بعد معلومية وجود الذمة له القابلة
لذلك بدليل ثبوت عوض ما اتلفه من المال فيها انما الكلام في تعلق ذلك مع الاطلاق بكسبه كما عن احد قولي الشافعية بل ارسل
القول به في جملة من كتب اصحابنا وان كنا لم نتحققه او في ذمته ويتبع به بعد العتق كما هو مقتضى قول المص ويثبت ما يضمنه في
ذمته لا في كسبه الا ان يشترطه في الضمان باذن مولاه بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه والشهيد في اللمعة او يكون على
المولى كالاذن له في الاستدانة لمصالح نفسه اذ الضمان قسم منها كما عن ابي علي بل مال اليه في جامع المقاصد وللدليل ذا والاول منهم
انه اذا كان السيد معه ما يتبع العبد وادى عنه في كفالته عن المعسر ان العبد في الدين او يتعلق برقبته مثل ارش الجناية به
كما عن بعض الشافعية بل في المحكي عن تنقيح من تحرير ذلك الا ان الظ ارادة ذمته منها لعدم الدليل على ذلك بعد حرمة القياس عندنا
ومعلومية كون الضمان نقل الدين من ذمة الى ذمة كما انه لا يخفى عليك ما في مساواته ضرورة كون البحث في الاذن من السيد بالضمان
على ان يكون الدين في ذمة العبد لا انه وكيل عنه في ذلك ادكالوكيل على انه فرق واضح بين اطلاق الاذن في المقام وبينه
في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة على ان يملك صاحبها مثلها او قيمتها في ذمة المستدين والعبد لا قابلية له لذلك
لما حررناه من عدم ملكه لشيء فلا وجه لاطلاق الاستدانة الا على السيد بخلاف المقام الذي لا ملك فيه فما في الحدائق وغيره من بناء
الحكم هنا على الحكم هناك الذي لم نجد له خلافا في كونه على المولى الا النادر في غير محله قطعا فليس الشك الا في القولين الاولين والاول
منهما وان كان لم يعرف القائل به من الاصحاب الا انه لا يخ من قوة ان كان المراد به عدم جواز منع السيد له اذا اراد وفاء ذلك من كسبه
باعتبار حصول الاذن في اثبات ذلك في ذمته فيتعلق به ح خطاب وفاء الدين كما انه يتعلق به خطاب مطالبة الديان اما الاستفادة
الاذن عرفا في ذلك من الاذن في الضمان او لترجيح ادلة وفاء الدين والمطالبة به على ما دل على تسلط السيد على عبده باعتبار حصول
الاذن منه المقتضية زوال الحجر عنه وصيرورته بها كالحر المعسر مثلا الذي يجب عليه التكسب في وفاء دينه او لا يمنع من ذلك لو اراده
ومن ذلك يظهر لك ما في جملة من الكلمات المذكورة في المسالك وغيرها حتى ما ذكر دليلا للمص من ان الاذن في الضمان اعم من الاذن في الوفاء
من كسبه الذي هو احد اموال السيد بل اقصاها صلوح صيرورته ذمة العبد قابلة لذلك لثبوت ذلك فيها اذ هو حينئذ مع تصريح المولى
بذلك اما مع الاطلاق فالمفهوم عرفا تبعية خطاب الوفاء والمطالبة لها على الوجه الذي سمعته بل قد يستانس له في الجملة بثبوت
الكفارة عليه في الاذن له في الاحرام وحرمة قطع الصلاة عليه بالاذن له بالدخول فيها ونحو ذلك مما يتبعه الحكم الشرعي بعد
الاذن من السيد في موضوعه وعنوانه هذا كله مع الاطلاق اما مع الاشتراط فلا اشكال بين من تعرض لذلك في صحته ح وتعلقه وبكونه
كما لو شرط الضمان من ماله بعينه الذي اشار اليه المص بقوله وكذا لو شرط ان يكون الضمان من مال معين وان كان لا يخفى عليك الفرق بين
الموضعين ضرورة كون الثاني اشتراط كون الضمان في مال معين من اموال الضامن وستسمع تحقيق الحال بخلاف المقام فان الكسب ليس من
اموال العبد والفرض ان الضمان في ذمته فهو من نحو الضمان في مال الغير باذن الغير وقد يستشكل في صحته اللهم الا ان يجعل كارهان مال الغير
باذنه على ان الكسب ليس مالا موجودا في الخارج وانما هو متجدد انا فانا ويكفي عدم حصوله اصلا فالاوجه ح جعل هذا الشرط على ارادة الاذن

ما في الذمة
ما في الكسب

من السيد في وفاء ما ضمنه من كسبه ووقع الحجر عنه في ذلك وح فلو اعتق العبد قبل امكان تجدد شيء من الكسب لم يكن اشكال في بقاء الحق عليه
فيجب عليه اداؤه من كسبه او غيره من المال الذي يحصل له لكن في ذلك هل يبقى التعلق به بعد العتق ام يبطل الضمان لفوات المحل المعين
لاداء المال لانصراف الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات الفاضل كلامهم الاول فان ذلك هو معنى فاذا اعتق صار كسبه
وما في يده سواء ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسبا وان اطلق عليه لغة لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته
لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لاذنه فيه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء الا ان يبني صحة ضمانه بغير اذن سيده كما مر فهنا اولى
فلك ما استظهر من كلامهم كله وهو دليل على ارادة ما ذكرناه من الشرط المزبور لا انه من قبيل الضمان في مال بعينه والا لاتجه فيه ما سمعته
من الكلام في ذلك نعم قال ويتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما في تحمله لان اذنه له في الضمان في كسبه
كاذنه في الضمان في مال بعينه من امواله فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال على الخلاف ولو قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال
ويحتمل عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثمة لان الكسب ليس ملكه بمحض مال السيد بل حق له ولهذا قبل لو اعتق بقي متعلقا بكسبه المعتق فدل
على انه لم يتعلق بالمولى محضا وليس في كلام الاصحاب هنا ما يدل على شيء وان كان الاوجه ابتناؤه على مسألة تعيين الاداء من مال بعينه
وهو من غرائب الكلام نعم يتوجه ضياع المال على صاحبه الا اذا اراد استيفائه من الحقوق عن الضامن المعسر كما هو واضح ولو فرض كلام
على وجه يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه لم يكن بد من اجراء ما سمعته فيه ولا معنى ح لدعوى ظهور كلامهم في بقاء التعلق
مع العتق والله اعلم واما الكلام في اشتراط الضمان في مال بعينه فلا اجد فيه خلافا في صحته لعموم المؤمنون وغيره ويتعلق حق الدين
المضمون به لكن في ذلك وغيرها هل هو تعلق الدين بالرهن او تعلق الارش بالجاني وجهان ماخذهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة
الضامن لان موضعه الذمة انما هو الذمة وتخصيص هذا المال انما لانحصار المطالبة الان فيه لان مقتضى الضمان ابتداء التعلق
بها وان الضامن لم يشغل ذمته على الاطلاق وانما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له فينحصر حقه فيه ابتداء
من غير تعلق بالذمة وتظهر الفائدة في امور منها التلف بغير تفريط فعلى الاول ينتقل الى ذمة الضامن لان تلف الرهن لا يسقط الحق
وعلى الثاني الى ذمة المضمون عنه لان فوات العبد الجاني انما يسقط الحق عن مالكه ومالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه واما
المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالا تاما لانه لم يتعلق بذمته وانما تعلق بما لا تعلقا ضعيفا فاذا فات عاد الى
ما كان مع احتمال السقوط عنها في الموضعين على التقديرين اما عن الضامن فلانه لم يقدم على الضمان الا في ذلك المال ولم يلتزم الاداء عملا
بالشرط وقد فات فيبطل الضمان ويعود الى ذمة المضمون عنه واما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني فلان
الضمان لما كان ناقلا برئت ذمة المضمون عنه بالضمان كيف كان فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن الا بما ادى ولم يحصل ولكن
لا يخفى عليك بان حاصل الاحتمال الثاني ضرورة عدم صلاحية الضمان لاثبات مثل هذا التعلق بعد ان كان هو نقل الدين من ذمة
الى اخرى وكذا الشرط الذي هو بمعنى الالزام وعلى تقديره فلا وجه لاحتمال عوده الى ذمة المضمون عنه بعد اشتغاله عنها الى المال المخصوص
وانما المتجه ان يقال ان هذا الشرط اما ان يكون من المضمون له او الضامن او منهما فان كان الاول تخير مع تلفه في فسخ الضمان والعود الى المضمون
عنه وعدمه والزام الضامن بالاداء من غيره وان كان الثاني تخير الضامن وان كان الثالث تخير كل منهما على قاعدة فوات الشرط في غير
هذا العقد من العقود اللازمة اذ هو بناء على ما ذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور لا معنى له الا اشتراط الاداء من المال المخصوص
وعلى وجوع ما عن كره من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا الى ما قلناه بناء على عدم اختياره الفسخ كما ان ما عن الشهيد في بعض فتاواه من اختيار
بطلان الضمان كذلك على معنى اختياره الفسخ بل هو اولى مما في المسالك من انه يمكن دفع المنافاة بين التعلق بالذمة والمال المعين مع الحكم بالبطلان
على تقدير تلفه بان يجعل التعلق بالذمة مشروطا بالاداء من المال عملا بمقتضى الشرط ويجعل هذا تعلقا برأسه خارجا عن التعلقين
اذ لا دليل على الانحصار فيهما وانما هو من مناسبات الشافعية وح فيجعل التعلق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط فان التزام المال من غير المعين

ح أن المفروض
ح أن المشهور الضمان
لا المولى فأي وجه لاحتمال
عود الضمان الى المولى
بموت العبد بل
ح ولا ذكره من
الكلام
نعم

بالتعين

لم يتعلق به قصد الضامن ولا دل عليه لفظ اذ هو كما ترى بعد ما ذكرنا مضافا الى معلوميته ان تعذر الشرط في العقود اللازمة انما يقتضي انتفاء
اللزوم لا الصحة والا كان تعليقا كما هو محرر في محله فالتحقيق ما ذكرناه ولا ينافيه دعوى عدم قابلية عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف
ونحوهما اذ هي مجرد دعوى لا مستند لها بل مقتضى العمومات خلافها وبذلك كله ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه ومن تبعه بل وفيما تذكره
فلاحظ وتأمل وعلى كل حال فلا ريب في اكمال الضامن مع نقصان المال الذي يتعلق الضمان به كما انه لا ريب في كونه المطالب بتحويله الى حين الحق لما
عرفت من كون المال في ذمته وهو المخاطب باداءه منها كما ان من الغريب احتمال عدم ضمانه النقصان كاحتمال براءة ذمة
الضامن والمضمون عنه بتعذر المال المشترط فيه الضمان المتقدم سابقا اذ هما منافيان للاصول والضوابط ثم لا يخفى عليك ان اقتصار
المص على الحلول في التفريع على ما ذكره من جواز التفريق مشعر بجواز الضمان من المفلس بل والسفيه وانهما ليسا ممنوعين منه
بل هما جايزا التصرف بالنسبة اليه وهو كذلك في المفلس ان كان لا ابتداء المضمون له الغرماء اما السفيه فقد اطلق غير واحد
عدم جواز ضمانه لانه تصرف مالي كالاقتراض والهبة وهو كذلك لكن ربما احتمل الجواز برضى المضمون له على ان يتبعه به بعد فك
الحجر لكنه كما ترى ضرورة انه مع الحجر عليه لا يقبل ذمته ذلك على وجه يكون من ديونه بحيث يتعلق بتركته بعد موته مثلا والا
لجاز بيعه كلي كما هو واضح والله اعلم وكيف كان فلا يشترط علمه اي الضامن باسم المضمون له ولا المضمون عنه كلا ونسبه كما في الخلاف
والغنية والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض على ما حكي عن بعضها بل نسبه بعضهم الى الاكثر
بل في محكي التذكرة لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا وقيل والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وتبعه القاضي في
المحكي عنه من تبعه يشترط علمه بذلك لحصول المعاملة بين الضامن وبينه فافتقر الى معرفته لحاجته والغرر والضرر بدون ذلك
ولينظر هل يستحق ذلك عليه ام لا ولانه احسان ولا بد من معرفة محله والايجاز وضعه في غير اهله فلا يستفيد الاحمد والثناء
ولا ريب في ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده التي منها العمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي ذلك ضرورة عدم
اقتضاء المعاملة بينهما المعرفة المزبورة كالبيع والاجارة وغيرهما ولا نهي عن الغرر المزبور الذي قد اقدم عليه الضامن والنظر في
استحقاق ذلك لو سلمنا اعتباره لا يقتضي اعتبار المعرفة المزبورة على انه يمكن معلوميته بدونها والاخير لا يستاهل
جوابا كل ذلك مضافا الى المنقول من ضمان امير المؤمنين ع عليه الدرهمين عن ميت امتنع رسول الله صلى الله عليه وآله من الصلوة عليه وضمان
قتادة الدنانير عن آخر كذلك لكن لا بد ان يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه بلا خلاف ولا اشكال
ضرورة عدم العبرة بالقصد الى ضمان المبهم المتردد في الواقع لعدم الدليل عليه بل لعل الادلة خلافه بل لعله من المقطوع به الا انه
اشكله في ذلك بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة
وذلك غير موقوف على معرفة من عليه الدين فالدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا تمييز من كان عليه الدين فلو قال شخص
مثلا اني استحق في ذمة شخص مائة درهم فقال له آخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عن اي من كان عليه الدين ولا دليل
على اعتبار ما زاد عن ذلك وفيه انك قد عرفت كون المراد الامتياز عند الضامن على وجه لا يكون مبهما بحيث لا يصح معه القصد
الى الضمان كما لو قال ضمنت لك احد دينيك مثلا فلا يرد المثال الذي ذكره لانه من المختار على وجه يصح للضامن قصده وان لم
يكن معلوما له بعينه نعم لو اراد الضامن الضمان عمن هو متشخص عنده لم يكتف بذلك قطعا والى ما ذكرنا يرجع ما عن التذكرة حيث قال
هل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره الاقرب العدم بل لو قال ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز نعم لا بد من معرفة
المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن اي من كان نعم الغريب ما في
لك من دعوى موافقة هذا الكلام من اوله لما اختاره لا لما ذكره المص وهو عند التامل الصادق عين ما في المتن واغرب من ذلك ما وقع من
بعضهم من انه بناء على اعتبار القبول لفظا كما عليه الاكثر وان لم يعتبر جوابه لمكان تصريحهم بانه عقد لازم اقتضى ذلك تمييزه لا انه لا بد من

اشتراط علم الضامن

ذلك وان لم يعتبره كما يدل عليه واتفقه الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله من الصلوة عليه حتى ضمنه علي عم لم يعتبر عليه بوجه وهذا هو الظاهر من عبارة المصنف حيث اعتبر رضاه ولم يعتبر فيه عقدا ولا قبولا مخصوصا ولا امتيازه هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه اذ لا يخفى عليك انه لا اشكال في اعتبار القبول فيه لا لانه لا اشكال في كونه من العقود ولكن ذلك لا يقتضي المعرفة المزبورة فيصح ضمانه له وان لم يشخصه وان حصل القبول منه نعم لا بد من الامتياز الذي ذكرناه المقابل بالابهام ولعل اقتصار المصنف على ذكره في المضمون عنه للاكتفاء عنه في المضمون له بذكره سابقا انه من العقود ولا ريب في اقتضائها ذلك قطعا في اركانها التي منها المضمون له وعلى ما ذكره الان من اعتبار رضاه المحتمل او المظنون والمقطوع ارادة القبول منه المتوقف على التمييز المزبور قطعا بل لا بد فيه من نقل العقد بالاتصال والعربية بل والماضوية والمراعاة الوضعية بناء على اعتبارها وغير ذلك مما يعتبر في العقد اللازم وان كان الذي قدمناه التوسعة في لفظ ايجابه وقبوله وانه يكفي كل ما دل على ذلك على حسبما حسبت غيره من الخطابات من غير فرق بين الحقيقة والمجاز والماضوية وغيرها كما اشبعنا الكلام فيه سابقا والمقام صدا فراده وبذلك كله بان الكلام في جميع اطراف المسئلة وان ذكر في الرياض ان فيها اقوالا اربعة قال وفي اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب كما عن ط او بما يتميز ان به عن الغير خاصة كما في اللمعة او العدم مطلقا كما عن الخلاف وفي الغنية وهو ظاهر العبارة وصريح يع والفاضل بما عدا الف وغيره او يعتبر معرفة الاول بما يتميز خاصة دون الثاني كما في لف اقوال اربعة اجودها ثالثها اه ولا يخفى عليك ما فيه بل وما في نحتنا وه بعد الاحاطة بما ذكرناه كما انه لا يخفى ما في حكايته عن لف بعد ملاحظة تمام كلامه بل ولا ما في تحريره الخلاف المزبور على الوجه المذكور بل لولا شهرة حكاية الخلاف عن ط لامكن حمله بقرينة تعليله على ارادة معلومية الحق وهو غير ما نحن فيه وكيف كان فلا اشكال بناء على ما عرفت في انه يشترط رضاء المضمون له في صحة الضمان بلا خلاف معتد به اجده فيه بل في محكي التحرير والغنية الاجماع عليه وهو الحجة بعد الاصول المقتصر في الخروج عنها على الضمان برضى المضمون له وصحيح بن سنان عن الصادق عم في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت وفي الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عم وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برئ وقد لزم الضامن رده مضافا الى ما في انتقال الدين من ذمة المديون الى اخرى بدون رضا الديان من الفساد وضياع حقوق الناس المعلوم ضرورة من الشريعة خلافه والى ما يشعر به ما سمعته من خبر عبيد الله بن الحسن وغير ذلك فما عساه يظهر مما حكي عن ف من اعتبار رضاه اولى من الخلاف في ذلك واضح الفساد واغرب من ذلك الاحتجاج له بضمان امير المؤمنين عم وابي قتادة الدين عن الميت ولم يسئل النبي صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له الذي هو بعد الغض عن سند روايته لا دلالة فيه على ذلك بل لعله دال على خلافه ضرورة اشتماله على وقوع الضمان الذي هو عبارة عن الايجاب والقبول من المضمون له والايجاب وحده ليس بضمان فلا حاجة حينئذ الى الجواب بانها واقعة لا عموم فيها وبان ذلك انما يدل على عدم البطلان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم الا برضاء المضمون له ولان النبي صلى الله عليه وآله قد قبل لانه اولى بالمؤمنين من انفسهم ويحصول اذن الغريم من المضمون له وغير ذلك مما لا يخفى ما فيه بعد معلومية امتناع النبي صلى الله عليه وآله عن الصلوة عليه من جهة شغل ذمته وانما رفعت بالضمان وصلى والضمان الفضولي لا يفيده برائة فعلية وان ولاية النبي صلى الله عليه وآله في غير قبول العقود والقرض لا تكفي في تحقق البرائة فعلا فالتحقيق حينئذ في الجواب ما عرفت واغرب من ذلك الاستدلال له بموثق اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله عم في الرجل يكون عليه الدين فحضره الموت فيقول وليه علي دينك قال يبريه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وقال ارجو ان لا يأثم وانما اثمه على الذي يحبسه الذي هو مطلق محمول على المقيد وبرزيق الحسن ابن الجهم سئلت ابا الحسن عم عن رجل مات وله علي دين وخلف ولدا رجالا ونساء وصبيانا فجاء رجل منهم فقال انت في حل مما لاخوتي واخواتي وانا ضامن لرضاهم عنك قال يكون في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعطهم قال ذلك في عنقه قلت فلو رجع الورثة علي فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي احلك يضمن برضاهم قلت فما تقول في الصبي لامه ان تحلل قال نعم اذا كان لها ما ترضيه وتعطيه قلت

ضبط المضمون بالوصف

فانه

فان لم يكن لها مال قال فلا قلت فقد سمعتك تقول انه يجوز تعليلها فقال انما اعني بذلك اذا كان مال وصحيح حبيب الخثعمي عن ابي عبد الله ع قلت
له الرجل يكون عنده المال وديعة ياخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا ياخذ الا ان يكون له وفاء قال قلت ارايت ان وجد من يضمنه
ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي يضمنه ياخذ منه قال نعم الذي لا يخفى عليك مخالفته ظ الاول للاجماع باعتبار اشتماله على
الابراء من دون اذنهم وانما ضمن رضاهم وهو ليس من الضمان المصطلح وتاويله بالضمان مع وقوف رضاهم ليس باولى من ضمانه برضاهم
ولكن لا بينة له على ذلك فكان في الحكم الظاهر مطالبته مع انكارهم لذلك واما الثاني فليس دالا الا على جواز الاخذ من الوديعة
اذا لم يكن له مال وكان قد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه ولا ريب انه خارج عما نحن فيه ومحمول على اذن المودع بذلك من الغريب
وسوسة بعض متاخري المتاخرين في الحكم المزبور بما هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت خصوصا بعد كون المسئلة من قطعيات الفقه
وضرورياته بل لعل الوسوسة فيها جهل بذوق الفن ومذاق الشرع بل قد عرفت انه لا بد من رضا المضمون له بعنوان القبول الذي يتم
به العقد لما عرفت من المفروغية عن كون الضمان عقدا الى الايجاب والقبول بل لا بد فيهما من جميع ما هو معتبر في العقود اللازمة من
الاتصال والعربية وغيرهما نعم يقوى عند ما ثبت في غيره من العقود اللازمة عدم اعتبار لفظ مخصوص ولا هيئة مخصوصة بل كل ما
افاد انشاء ذلك ولو بالجملة الاسمية او بالمجاز ونحو ذلك كما اوضحناه في البيع وغيره ومنه يعلم تحقق عقد الضمان بنحو علي دين
زيد وعندي ونحوهما مما يقصد به انشاء التعهد بذلك وقرينة القبول من المضمون له فما عن الايضاح والمقدس الاردبيلي من اعتبار
الرضا دون القبول العقدي لانه التزام واعانة للمضمون عنه وتوثق للمضمون له وليس هو على قواعد المعاملات واضح الضعف
كقوله في عدد وفي اشتراط قبوله احتمال اذ الجميع كما ترى ضرورة عدم منافاة التوثق ونحوه للعقدية اذ هو كالرهن بل اولى لما فيه
من انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى على ان الاصل عدم ترتب شيء عليه اذا لم يكن بصورة العقد نعم لا عبرة برضا المضمون عنه بلا خلاف اجده فيه
بل الاجماع بقسميه عليه لان الضمان كالقضاء للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا ولاطلاق الادلة وعمومها ولما سمعته من دفعه ضمان امير المؤمنين
وغيره عن الميت بل لو انكر وابى بعد الضمان لم يبطل على الاصح للاصل وغيره من الادلة التي سمعتها خلافا لما في النهاية قال ومتى تبرع الضامن
من غير مسئلة المضمون عنه وقبل المضمون له فقد برئ المضمون عنه الا ان ينكر ذلك ويأباه فيبطل ضمان المتبرع ويكون الحق على اصله

في انتقال المال من ذمة الى ذمة

لم ينتقل عنه بالضمان وربما تبعه عليه غيره لكن لم نجد له دليلا بل اطلاق الادلة خلافه وانه لا عبرة برضاه ولا رده واباؤه مانع سواء كان ذلك
قبل الضمان او بعده ومما سمعته من النهاية يعلم ارادة ما ذكرناه من الانكار في عبارة المتن لا يجوز ضمان الضامن الذي قد يفرض اعتراف به بالضمان
على انه لا وجه لاحتمال بطلان الضمان بذلك وكيف كان فمع تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة ينتقل المال الى ذمة الضامن ويبرأ المضمون
عنه وح يسقط المطالبة من المضمون له عنه لعدم الحق له في ذمته بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه
بل لعله من ضروريات الفقه نعم قد عرفت مخالفة الجمهور في ذلك باعتبار ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة اخرى وبطلانه وح فلو ابرأ
المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن من هذه الجهة على قول مشهور لنا بل مجمع عليه بيننا ضرورة عدم المحل للبراءة المزبورة
بعد ما عرفت من براءة ذمته بالضمان عندنا وانما المحل لها ذمة الضامن فاذا ابرئ برئا معا وان كان الضمان بالاذن لعدم ٧ بالابراء
استحقاق الرجوع عليه الا بالاداء الذي قد انتفى محله فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براءة ذمته من المضمون له نعم
قد يقال باستفادة براءة ذمة الضامن من براءة ذمة المضمون عنه وان لم يكن لها محل باعتبار ظهور ذلك في ارادة رفع اليد
عمن هو عليه وان كان متعلقها المضمون عنه الا ان ذلك لو سلم فهو خروج عما نحن فيه ضرورة كون المراد من الجهة المزبورة لا من
حيث دلالة العرف على ارادة البراءة للضامن ايضا مع انها واضحة المنع على مدعيها مع عدم القرائن وكل ذلك تفريع على مذهبنا اما
على مذهب الجمهور فلا اشكال في صحة البراءة المزبورة لان الحق باق عندهم بل المحكي عنهم ان براءة ذمة الضامن لا يقتضي براءة ذمة المضمون عنه
بخلاف العكس لان الضامن فيها الوثيقة عند الديان فلها لا يقتضي سقوط الحق بخلاف براءة ذمة المضمون عنه فانها تقتضي براءة ذمته

الضامن التي هي وثيقة على ذمة المضمون عنه المعوض برأسها متعلق في الوثيقة وهي كالرهن قياس واستحسان وحدس لا يوافق اصول الشريعة
وقواعدها ولعل قول المص على قول مشهور لنا اشارة الى ما ذكرناه من الاحتمال لا لوجود خلاف في المسألة اذ قد عرفت انها من قطعيات فقه
الشيعة او ضرورياته والله اعلم وكيف كان فلا خلاف عندنا في انه يشترط في لزومه اي الضمان الملاءة او العلم من المضمون له بالاعسار
والرضا به بل عن ظ الغنية الاجماع والسرائر نسبته الى اصحابنا وجامع المقاصد ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق وذلك مضافا الى قاعدة الضرر
وبناء الضمان على الارفاق وارادة الاداء وما عساه يشعر به قول الص ع في خبر ابن الجهم المتقدم وما تسمعه من النصوص في الحوالة الدالة على ذلك
وهي اخت الضمان ودليل الحكم المزبور ح فاذا كان الضامن مليا او معلوم الاعسار عند المضمون له لزم الضمان بلا اشكال ولا خلاف
اما لو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له فسخ الضمان والعود على المضمون عنه بل وليس هو كالبيع الى اجل مثلا فبان اعساره للفرق الواضح
بينهما بالنسبة الى الاداء لكن ذلك اذا كان معسرا حال الضمان اما اذا تجدد فلا خيار للاصالة اللزوم بل قد يقوى عدم الخيار ايضا
لو كان معسرا حال الضمان ولم يعلم به المضمون له حتى تجدد يساره للاصل ايضا ولانتفاء الخيار المزبور وسبق رضى المضمون له بضمانه حال عدم العلم
باعساره كما انه لا فرق في ثبوته بين اعسار المضمون عنه وعدمه لاطلاق الفتوى المقتضي ايضا عدم الخيار مع الملاءة وان لم يكن وفيا
بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر او تعسر الاستيفاء ولكنه لا يخلو من نظر بل ظاهرهم ان الاعسار كاف في ثبوت الخيار المزبور
وان كان الضمان مؤجلا وان الاعسار حين الضمان كاف في لزومه وان ايسر عند الاجل كل ذلك مع عدم العلم به كما عرفت والا فمع العلم به
او الرضا به على كل حال فلا اشكال وقد احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال عندي فاعطيكم
ولكن ارضوا بمن شئتم من بني عمي علي بن الحسين او عبد الله بن جعفر فقال الغرماء عبد الله بن جعفر ملي مطول وعلي بن الحسين رجل
لا مال له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه فاخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غلة ولم تكن له غلة تجملا فقال القوم قد
رضينا وضمنه فلما اتت الغلة اتاح الله المال له فاداه ثم ان هذا الخيار على الفور او التراخي وجهان ذكرناهما في نظائره وقلنا
ان الاصل يقتضي الثاني منهما كما اعترف به غير واحد وكيف كان فالضمان المؤجل للدين الحال جائز بلا خلاف اجده كما اعترف به بعضهم
بل اجماعا كذلك كما عن محكي التنقيح وايضاح النافع وغيرها للعمومات السالمة عن المعارض اذ هو تاجيل للدين لا تعليق للضمان الى الاجل و
احتمال كون الضمان نقل الدين على من هو عليه بحيث لا يختلف في حلول وتاجيل لا قائل به ولا شاهد عليه بل مقتضى العمومات خلافه
نعم هل يكون هذا الاجل للدين او هو اجل للضمان وتظهر الثمرة فيما لو ادى الضامن قبل الاجل فانه لا يستحق الرجوع على الاول بخلاف الثاني
الذي لا يخلو من قوة بل هو صريح لك وغيرها في المسائل الآتية واما ضمانه للدين المؤجل بازيد من اجله او مساويه او انقص فلا اجد فيه
خلافا محققا كما بل ظ المتن انه من معقد الاجماع بل يحكى دعوى الاجماع عليه بل عن فخر الاسلام ان ضمان المؤجل بمثل اجله يصح اجماعا وعن
التنقيح وايضاح النافع ان ضمان المؤجل بازيد من اجله يصح اجماعا مضافا الى انه مقتضى العمومات نعم ربما ظهر من تعليل المنع في المسألة الآتية
المنع في الثاني باعتبار عدم الارفاق فيه كما انه يستفاد المنع فيما لو كان الاجل انقص مما تسمعه من تعليل فخر الاسلام والكركي المنع في بعض
الصور الآتية بانه ضمان ما لم يجب الا ان الجميع ستعرف ضعفه على انه لا معنى لاثبات الخلاف من امثال هذه التعليلات التي تذكر
دليلا للمخالف من غيره ومنه يعلم الحال في جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالاذن والتبرع وفي الضمان الحال تردد وخلاف
ففي محكي المقنعة والنهاية لا يصح ضمان نفس ومال الا باجل وفي محكي الوسيلة انما يصح الضمان بتعيين اجل المال وعد في محكي الغنية من شروط صحته
ان يكون الى اجل معلوم ثم عد شرطين آخرين وادعى الاجماع وظ هذه العبارات اعتبار الاجل في الضمان على نحو اعتباره في السلم وهو الذي اشار
اليه في المتن بقوله تردد لكن اظهره الجواز وفاقا للمشهور بل عن غير واحد من الاصحاب حتى ابن النجم في المحكي عنه للعمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي
اعتبار الاجل فيه كالسلم واجماع الغنية بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له وقصير من عرفت من الاصحاب على الخلاف بل في محكي
السرائر وقد يوجد في بعض الكتب لاصحابنا لا يصح ضمان مال ولا نفس الا باجل والمراد بذلك اذا اتفقا على التاخير والاجل فلا بد من ذلك ولا يصح الا باجل

الملاءة والعلم

ضمان المؤجل

ولعل

محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون اجل وكذا اذا اطلقا العقد والى هذا القول ذهب شيخنا فى مبسوطه وهو حق اليقين لانه لا يمنع منه
مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده ومقتضى ذلك خروج المسئلة عن الخلاف اذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك من تقييدا
بعدم العثور على دليل يدل على اعتبار الاجل فيه عن اعتباره فى السلم بكون وجه الخلاف فى المسئلة اعتبار الاجل فى الضمان وعدمه وهذا
هو الظاهر من العبارة من غير مدخلية لحلول الدين واجله فالمؤجل جائز اجماعا من هذه الجهة سواء كان الدين حالا او مؤجلا وسواء اتفقا
فى الاجل او اختلفا والحال فيه خلاف سواء كان الدين حالا او مؤجلا فى الغريب ما فى المسالك حيث انه بعد ان ذكر الصور الاثنى عشر المتصورة
فى المقام التى هى الضمان حالا او مؤجلا عن حال ومؤجل متساويين فى الاجل او متفاوتين فهذه ست وهى اما ان تكون عن متبرع او مسئول
المضمون عنه فتكون اثنى عشر قال وكلها جائزة على الاقوى الا ان موضع الخلاف فيها غير محرر اذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور وان
التعليل للمنع بالارفاق فى المختلف وغيره لا ينبغى ان يتصيد منه خلاف فى المسئلة نعم فى ضمان المؤجل حالا او انقص من اجله خلاف من بعض
المتاخرين كالفخر والكركى بل يستشم التردد فيه من المتن فى المسئلة الثامنة لانه ضمان ما لم يجب ولان الفرع لا يرجح على الاصل ولان مشروعيته
الضمان على نقل الدين على ما هو عليه وفيه ان المضمون المال والاجل انما هو من التوابع والحقوق مع الرضا باسقاطه من الطرفين يسقط
ويلزم سقوطه اذا كان بعقد لازم وهو واجب غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب خصوصا بعد التراضى باسقاط حق الاجل
الذى هو كما يثبت للحال بعقد يسقط ايضا عن المؤجل به وقاعدة عدم رجحان الفرع على اصله لا دليل على وجه يجدى فى المقام كدعوى ان
مشروعيته الضمان على نقل الحق بوصفه الى ذمة الضامن والحلول صفة معتبرة له فلا يشرع فيه الضمان ومن ثم من ضمان الحال مؤجلا
وبالعكس لعدم تشخص المال بالحلول الذى هو عدم الاجل بخلاف العكس اذ هى كما ترى لا حاصل لها ومرجعها معا الى شرط فى عقد الضمان
مندرج تحت المؤمنون واوفوا وغيرهما من غير فرق بين اقتضائه تاجيل الحال وبالعكس وبذلك كله ظهر لك التحقيق فى المسئلة وتحرير
موضع الخلاف فيها واما احتمال المنع فى ضمان الحال حالا والمؤجل بمثل اجله او انقص الناشى من تعليل المنع للضمان الحال فى المختلف
بالارفاق فليس خلافا فى المسئلة وعلى تقديره فهو واضح الضعف ضرورة عدم ثبوت اعتبار الارفاق فيه على وجه يقتضى ذلك خصوصا
بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك كما هو واضح بقى الكلام فى انه لو ضمن المؤجل حالا او انقص باذن المضمون عنه كذلك او مطلقا فهل يكون
الدين على المضمون عنه كذلك او فرق بين الاطلاق والتصريح فيحل عليه بالثانى لا الاول ولا رجوع للضامن عليه وان ادى الا بعد انقضاء
الاجل الاصلى للدين وجوه بل اقوال فثانى الشهيدين والفاضل فى المحكى من مختلفه ولكن تحريره بل قيل انه الذى استقر عليه رايه فى
التذكرة على الاخير منها لعدم المقتضى لسقوطه اذ الاذن للضامن بالضمان حالا اقتضاء عن الاطلاق اعم من ذلك بل اقصاها الحلول بالنسبة
الى ذمة الضامن دون ما فى ذمته للضامن وفى محكى التنقيح الاول لان الضمان فى حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره فى قضاء دينه معجلا
فقضاه استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن والمانع الاطلاق فلشمولها التعجيل الذى قد عرفت
اقتضائه ذلك وعن ظ بعض المتاخرين الثانى ولعله الاقوى ضرورة عدم اقتضاء الاذن فى الاطلاق التعجيل فلا دلالة فيه عليه
فيكون كالمتبرع به ولعله الذى جزم بعضهم بعدم الرجوع فى الاطلاق وجعل الاشكال فى التصريح بل هو المحكى عن التذكرة نعم لو فرض ارادة ذلك
منه ولو بالقرائن اتجه الرجوع عليه به لانه كالتصريح بالنسبة الى ذلك ولعل الذى جزم فى محكى الايضاح بالرجوع مع التصريح وجعل
الاشكال فى الاطلاق من احتمال اقتضاء الاذن فى التعجيل وعدمه وعلى ما قد عرفت عدم اقتضائه كما انك قد عرفت عدم الاشكال
الرجوع مع التصريح خصوصا اذا ضم اليه ذلك الرجوع عليه فعلا والله اعلم وكيف كان فقد ظهر لك مما ذكرناه مكررا انه لو كان المال حالا
فضمنه مؤجلا جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن الا بعد الاجل بلا خلاف فيه عندنا ولا اشكال نعم قد عرفت
ان هذا الاجل للضامن لا للدين فلو مات الضامن حل واخذ من تركته ورجع الورثة على المضمون عنه وكذا لو دفع الضامن معجلا باختياره
لاسقاطه حقه بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه على المرعوبين مثلا لا يحل على المضمون عنه لان الحلول

فى الضمان موجلا

عليه لا يستدعي الحلول على الآخر ولو كان الدين مؤجلا الى اجل فضمنه الى ازيد من ذلك الاجل جاز بلا خلاف ولا اشكال لكن ان ادى قبل
حلول اجل الاصل لم يكن له مطالبة المضمون عنه الا بعده وان ادى بعد حلوله عليه وقبل حلول اجل نفسه فله مطالبته لانه قد صار الاصل
حالا والغرض اداء الضامن واسقاط حق نفسه من الاجل الزائد وكذا القول لو مات وادى وارثه نعم لو قلنا بان الاجل للضمان اجل للدين
اتجه ح مراعاته للمضمون عنه وان حل على الضامن او اسقطه كما هو واضح ويرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن باذنه ولو ادى
بغير اذنه بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه وفي الخبر سئلته عن قول الناس الزعيم غارم فقال ليس على الغارم الضامن
غرم الغرم على من اكل المال وفي آخر عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه كل ذلك مضافا الى اصالة احترام مال
المسلم وضمانه الا اذا بذله على جهة التبرع به والتأدية وان كانت بغير اذنه الا ان الضمان الذي هو سبب في وجوبها قد كان باذنه بل في
الحقيقة الاذن اذن فيها ولا يرجع ان ضمن بغير اذنه ولو ادى باذنه بلا خلاف فيه ايضا بل الاجماع بقسميه عليه والخبران منزلان على ما اذا
اذن نعم قد يقال بالرجوع لو ادى باذنه المصرح فيها بالرجوع عليه بل لقاعدة الاحترام المزبورة ولا ينافيها وقوع الضمان بغير اذنه فلعله لا ينافي
تبرع المضمون عنه بالوفاء فهو ح ادى عنه وارجع به علي كقول الاجنبي اد عن الضامن المتبرع وارجع به علي فيما ضمن باذنه الضامن بعنوان
امتثال امر المضمون عنه وقصد الرجوع عليه بنية رجوعه عليه وان كان اداء عن نفسه لكن من المتبرع به عنه فما عن بعض الناس من الاشكال
في الرجوع ايضا في الصورة المزبورة التي مرجعها الى الوعد لعدم دليل على الرجوع عليه بالقول المزبور لا يخفى من نظر او منع بعد ما عرفت والله اعلم

في انعقاد الضمان

وعلى كل حال فلا خلاف اجده في انه ينعقد الضمان بالكتابة من الضامن او المضمون عنه مع عجزهما عن النطق منضمة الى القرينة الدالة على
قصد انشاء ذلك لا بمجرده عن ذلك لاحتمالها العبثية وغيرها بل ظاهرهم ذلك وان تمكن من التوكيل بل لعله عدم الفرق بينها وبين غيرها
من الاشارات المفهمة لعدم ما يدل على اختصاصها بذلك بل العمدة في الاكتفاء بها بعد عدم الخلاف فيه فحوى الاكتفاء باشارة
الاخرس التي لا فرق بينها بين الكتابة وغيرها وقد تقدم في البيع ما يستفاد منه الاكتفاء بالكتابة مثلا مع الاكراه على السكوت ظلما

الحق المضمون

وغير ذلك فلاحظ وتامل البحث الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة ومرجعه الى ما في عدة من ان شرطه المالية
والثبوت في الذمة وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول بلا خلاف على الاول الاجماع محكي في ظاهر الغنية
وغيرها بل منها او غيرها ايضا الاجماع صريحا على الثاني وفي محكي التذكرة لو قال لغيره مهما اعطيت فلانا فهو علي لم يصح اجماعا هذا ولكن
لم اجد تصريحا في اندراج العمل في الذمة في المال وعدمه نعم في المحكي ان ضابطه ما جاز اخذ الرهن عليه وربما يستظهر منه
اندراجه فيه بل هو من المال قطعا لو كان منفعة دابة كلية مثلا او عبد كلي بل العمل جميعه من المال بدليل جواز جعله عوضا في
البيع والنكاح والخلع وغيرها مما يعتبر فيه المال وعن التذكرة ان يكون مما يصح تملكه وبيعه وهو كالصريح في عدمه ولا ريب ان

بهما

العمومات تشهد للاول كما اني لم اجد من تعرض للجمع بين ذكر الشرط المزبور والتفريع بضمان الاعيان والعهدة والصنيعة وغيرها
ذلك مما ستسمعه الثمن بل في الثمن وغيره هنا ما ينافي ذلك فانه قال بعد ما سمعت سواء كان اي المال في الذمة مستقرا كالبيع بعد
القبض وانقضاء الخيار او معرضا للبطلان كالثمن في مدة الخيار وبعد قبض الثمن ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع عينا ولا عهدة
لعدم دخوله تحت يده اما بعده فيصح ضمانه عن البائع عهدة لو ظهر المبيع مستحقا مثلا وهو كما ترى لا يجامع الضوابط المزبورة ضرورة عدم كون
المضمون في هذا الحال مالا في الذمة بل هو من ضمان الاعيان نعم لو ضمن الثمن عن المشتري للبائع كان ضمانا لمال في الذمة بل وكذا لو
ضمن عنه عهدة فلو خرج مستحقا للغير اذا كان الثمن غير معين والا بطل البيع فلا ضمان ح بخلاف ما اذا لم يكن معينا فان الضمان ح صحيح لانه
في الحقيقة لمال في الذمة وهو الثمن الكلي وكذا لو كان معينا مثلا وكان المضمون عن المشتري ارشه الذي هو ايضا مال كلي في الذمة
وبذلك كله يظهر لك ان ضمان العهدة هو من ضمان العين او من ضمان المال في الذمة وليس هو شيء مستقل لكن في المسالك ان الفرق بين
ضمان العهدة والمال نفسه يظهر في اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلا ونحوه وضمان

العهدة

٤

العهدة

العهدة ضمنت لك عهدته او دركه او نحو ذلك واما المعنى فظاهر ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان
ليس كذلك بل انما يفيد ضمان درك على بعض التقديرات ولا يخفى عليك بانه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المزبور بل ظاهر الادلة خلافه وعلى كل
حال ضمانه يقتضى انتقال الثمن لو كان في ذمة المشترى الى ذمة الضامن الا انه لما كان في الظاهر ملكها بالدفع المزبور ولم يحكم به فاذا انكشف
فساد الدفع بكونه مستحقا للغير مثلا حكم حينئذ بقصد الضمان المزبور لمحله فيترتب عليه حكمه من الانتقال الى ذمة الضامن وفراغ ذمة
المضمون عنه وهذا معنى ضمان درك والاخلاد دليل على مشروعيته مستقلا على وجه يكون غير الضمان بالمعنى المزبور كما هو واضح وبذلك
كله يظهر لك ما في المتن وغيره ولعل عبارة الفاضل في عد السابقة احسن من عبارة المتن لاقتصارها على بيان صحة الضمان للمال الثابت
في الذمة مستقرا او متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول ولا ريب في ظهور ارادة ضمانه عن المشترى للبائع وهو الذى ذكره الشيخ
في المحكي عن مبسوطه حيث نفى الخلاف فيه وظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والاجرة بعد
دخول المدة وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم والاجرة قبل انقضاء الاجارة والمهر قبل الدخول قال فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح ضمانها
ايضا بلا خلاف واما ضمان العهدة فهى مسئلة مستقلة سيذكرها المص في اللواحق لا مدخل لها بما نحن فيه فلاحظ وتدبر وكذا يصح ضمان
ما ليس بلازم ولكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل وكمال السبق والرماية وفاقا للمحكى عن الخلاف والتحرير والمخ ومجمع البرهان
بل والتذكرة الا انه قال اذا شرع في العمل بل لعله المراد مما عن الخلاف والغنية يصح ضمان مال الجعالة اذا فعل ما شرط الجعالة به بناء على
ارادة الكشف من الشرط المزبور ويقربه استدلالهم عليه بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله ع العارية مؤداة والزعيم غارم ومرجع الثانى الى
العمومات التى هى العمدة مضافا الى ما عن المخ من الاستدلال عليه بمسيس الحاجة اليه فجاز ضمانه كقوله الق متاعك وعلى ضمانه والى ما عن التذكرة من
وجود سبب الوجوب وانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ولكن مع ذلك كله قال المص على تردد بل ينشأ من احتمال عدم سببية
عقد الجعالة للثبوت في الذمة وانما هو جزء السبب الذى هو مع العمل فيكون الضمان قبل تمامه ضمان ما لم يجب والاية الشريفة محمولة على ارادة
التعهد العرفى لا العقدى ضرورة عدم قبول مضمون له ثبت له حق في ذمة الجاعل وعلى ارادة بيان الجعل منه على ذلك لا على الملك او على غير
ذلك والعمومات بعد وضوح ما عرفت من كون الضمان نقل ما في ذمة الى اخرى عندنا لا تشمل المفروض الذى لم يثبت بعد في الذمة ولا حاجة
ماسة الى ذلك على وجه يستدل بها على مشروعيته كما لا سبب للوجوب قبل تمام العمل وانتهاء الامر الى اللزوم بعد عدم الثبوت فعلا لا
يجدى نعم لو قلنا ان عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمة وان عرض له البطلان بعد تمام العمل او بالفسخ او نحو ذلك اتجه صحة ضمانه
للثبوت في الذمة فعلا وان كان معرضا للبطلان لانه لا ينافى صحة الضمان وكذا يصح لو قلنا بان العمل من الشرائط الكاشفة لكن بتمام العمل
ينكشف صحة الضمان وقبله بعد ان ينكشف بطلانه ولعل ذلك لاح من نوع ما سمعت امكان ارادته من الشيخ وابن زهرة ومما ذكرنا ظهر لك ان التردد في الحكم من المص للتردد في اصل ثبوت مال الجعالة في الذمة لا للتردد في
صحة الضمان وان لم نقل بثبوته منها كما عساه يوهمه ما سمعته من المخ والتذكرة والتحقيق ما عرفت في مال الجعالة ومثله يجرى في مال السبق والرماية
وباقى الكلام فيه في بابها اتمام الكلام في ذلك هذا كله قبل العمل اما بعده فلا اشكال ولا خلاف في صحة الضمان والله اعلم وهل يصح ضمان مال الكتابة من
قبل والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه لا يصح لانه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم اما الاول فلانه لا يلزم العبد في الحال لان للمكاتب اسقاطه بفسخ
الكتابة للعجز فلا يلزم العبد في الحال واما الثانى فلانه اذا اداه عتق فاذا عتق خرج عن ان يكون مكاتبا فلا يتصور ان يلزم في ذمته مال الكتابة
بحيث لا يكون له الامتناع من ادائه ثم قال فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة والتزام لادائه وهو فرع للمضمون عنه فلا يكون
يجوز ان يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازما فلهذا استغنا عن صحة ضمانه وهذا الاخلاف فيه ولكن لا يخفى عليك انه لو قيل بالجواز
كان حسنا وفاقا للفاضل والكركى وثانى الشهيدين وغيرهم لتحققه في ذمة العبد بعقد الكتابة ولو المشروطة فيصح ضمانه كالعوض عنه
ما الاعتبار بالكتابة وجواز تعجيز نفسه فيعود رقا لا ينافى الثبوت في الذمة بل اقصاه عدم الاستقرار كالثمن في مدة الخيار بل اولى منه ضرورة
انه مع الضمان عنه يعتق لانه بحكم الاداء بخلاف الثمن في مدة الخيار فان ضمانه لا يرفع اصل الخيار ومن هنا اشكل جواز الضمان في الفرض على تقدير الجواز

ضمان ما ليس بلازم

لانه يؤدي الى اللزوم فهما على المكاتب لعدم اشتراط رضى المضمون عنه في صحة الضمان فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب
وان كان هو كما ترى اشكال هين والا لم يجز التبرع بالاداء عنه لذلك ايضا هذا ولا يخفى عليك ان ظاهر المتن وما سمعته من عبارة المطلب بل والتحرير
والتذكرة والمختلف ان محل النزاع الاعم من المشروطة والمطلقة لكن في المسالك انه محله الاولى اذ لا خلاف في لزوم المطلقة والامر سهل بعد ما عرفت وتعرف
انشاء الله في باب الكتابة بل على ذلك والله اعلم ويصح ضمان النفقة الماضية للزوجة بلا خلاف ولا اشكال لانها من الديون في ذمة الزوج كما حررناه في
محله بل صرح الشيخ والحلي والفاضلين والكركي وثاني الشهيدين على ما حكي عن بعضهم صحة ضمان الحاضرة لها ايضا اي الزوجة لاستقرارها وثبوتها
في ذمة الزوج بصبيحة ذلك اليوم الذي ظهر التمكين فيه دون المستقبلة التي لم يحصل سبب وجوبها الذي منه التمكين الفعلي وهو غير
معقول في الزمان المتاخر بخلاف الحاضرة التي لم يظهر من ادلة النفقة الاكتفاء في وجوبها بالتمكين فضلا في صبيحة ذلك اليوم وان قلنا بسقوطها
بالنشوز في اثنائه الا انه لا ينافي اصل الثبوت في الذمة وهو كاف في صحة الضمان خصوصا بعد عدم استرداد نفقة النهار بالموت والطلاق
وانما الخلاف في نفقة الليل كما حررنا ذلك كله في كتاب النكاح هذا وفي محكي المط انما يصح ضمان نفقة المعسر لانها ثابتة على كل حال واما الزيادة
عليها الى تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة لانها تسقط باعساره وتبعه على ذلك القاضي فيما حكي عنه وفيه ان الاعتبار بالزوج المضمون عنه
فان كان موسرا ضمن عنه نفقة الموسر والا فنفقة المعسر ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر باعسار الموسر بعد وجوبه وربما كان ذلك من الشيخ و
القاضي تفريعا على قول اهل الخلاف من صحة ضمان المستقبل لان المحكي عنه اشتراط تقدير المدة وان يكون المضمون نفقة المعسرين وان كان
المضمون موسرا او متوسطا لانه ربما يعسر فالزائد على نفقة المعسرين غير ثابت لانه يسقط بالعسر ثم ان تقييد المص بالزوجة ظاهر في عدم
صحة ضمانها للقريب وهو كذلك في الماضية لعدم ثبوتها في ذمته وان قصر في دفعها لانها من خطابات المواساة التي لا تقتضي اثباتا في
الذمة اما الحاضرة ففي عدم ذلك فيها المحكي التذكرة وغيرها صحة ضمانها بل لا اجد خلافا فيه بين من تعرض لذلك معللين بوجوبها بطلوع الفجر
ولكن فيه ان هذا الوجوب لا يقتضي ثبوتا في الذمة والا لوجب ايضا بعد فوات الوقت لعدم الدليل على سقوطه منها بعد ثبوته فيها وانما
هو خطاب مواساة وبر وصلة ولا شيء منها يقتضي الثبوت في الذمة من غير فرق بين الماضية والحاضرة ولعل تقييد المص بالزوجة لاخراج
اصل الضمان لنفقة القريب من غير فرق بين الماضية والحاضرة والمستقبلة وقد حررنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك فلاحظ وتامل
وكيف كان ففي صحة ضمان الاعيان المضمونة يعني وجوب ردها او قيمتها او مثلها عليه مع من في يده كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد ونحوها
تردد وخلاف والاشبه عند المص والفاضل في المحكي عن تحريره وارشاده ومحكي المط الجواز للعمومات ولانه ضمان مال مضمون على المضمون
عنه وفيه انه لا عموم يقتضي شرعية الضمان على الوجه المزبور وحديث الزعيم غارم الذي هو ليس من اخبارنا بل هو من قول الشامي الذين هم
مخالفونا كما سمعته في الخبر السابق الثاني في الانكار عليهم وعموم اوفوا بالعقود انما يقتضي وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه وقد عرفت
ان الضمان عندنا من النواقل وان شرطه ثبوت المال في الذمة والاعيان المضمونة انما يجب ردها وهو ليس مالا في الذمة والغاصب مثلا
مخاطب به اجماعا فيكون الضمان هنا ضم ذمة الى ذمة اخرى وهو ليس من اصولنا ومن الغريب ما عن التذكرة من ان ضمان المال ناقل عندنا
وفي ضمان الاعيان والعهدة اشكال اقربه عندي جواز مطالبة كل من المضمون عنه والضامن اذ هو كما ترى كالمتناقض هذا كله في ضمانها با
لنسبة الى ردها واما ضمان قيمتها او مثلها فهو بعد تلفها ضمان لها قبل حصول السبب ضمان ما لم يجب ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين
والمحققين وفخر الاسلام على ما حكي عنها عدم الجواز ودعوى صدق كونها مالا اذا اشتغلت ذمة من هي في يده بها واضحة الفساد ضرورة
معلومية ارادة شغل الذمة بالرد ما دامت موجودة والقيمة والمثل مع التلف من هذا الاطلاق ومثله غير كاف في الضمان الذي هو نقل
المال من ذمة الى اخرى كما عرفت من تعريفه ومن دعوى الاجماع على اشتراط ان يكون مالا في الذمة في الحق المضمون لا اقل من الشك والاصل عدم
ترتب الاثر في مثل هذا الضمان وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف في انه لو ضمن ما هو امانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة
في الاصل اي في غير الضمان لا ردا ولا عوضا على تقدير تلفها نعم لو شرط لها الضمان بتعد او تفريط مثلا ففي صحة ضمانها وعدمها البحث

الكلام في ضمان الاعيان

السابق

٧

عدم اشتراط العلم بكمية المال

السابق وهو واضح كما انه لا خلاف ولا اشكال في جواز التسلسل في الضمان بناء على مذهبنا فلو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر وهكذا الى عدة ضمناء كان جائزا لتحقق شروط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمة ويرجع كل واحد منها على من ضمن عنه اذا كان باذنه لا على الاصل الذي يرجع اليه الضامن الاول اذا كان باذنه بل ولا اشكال في جواز الدور وان خلافا للمحكي عن الشيخ في المبسوط فمنعه لصيرورة الفرع منه اصلا وبالعكس ولعدم الفائدة فيه اذ قد يرجع الحق على من كان وفيه ان ذلك لا يصلح للمانعية على ان الفائدة بالاعسار وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل متحققة كما تقدم ذلك سابقا ولا يشترط العلم بكمية المال حال الضمان فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه باصول المذهب من العمومات وغيرها والاشهر بل المشهور بل عن الغنية الاجماع عليه بل عن كشف الرموز انه دون جواز كذلك الاصحاب فلو عملنا بهذا تكون عملنا بقول الصم خذ ما اشتهر بين اصحابك ولعله اراد الروايات المطلقة في الضمان خصوصا ضمان علي بن الحسين عم لدين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن اسامة بل قيل انهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين وقدره وقت الضمان بل وربما استفيد من خبر عطاء عن الباقر عم قلت جعلت فداك ان علي دينا اذا ذكرته فسد علي ما انا فيه فقال سبحان الله او ما بلغك ان رسول الله صلعم كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلي ضياعه ومن ترك دينا فعلي دينه ومن ترك مالا فاكله فكفالة رسول الله صلعم ميتا ككفالته حيا وكفالته حيا ككفالته ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك بل ولقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم مضافا الى قوله الزعيم غارم ولكن قد يناقش بعدم ثبوت الاخير من طرقنا بل لعل الثابت منها تكذيبه وبان الآية ليست مما نحن فيه كما ان الخبر ليس من الضمان المصطلح الا انه قد تقدم ما كفانا به لاثبات المط خصوصا مع عدم المعارض الا دعوى نهي النبي صلعم عن الغرر والثابت منه البيع او مطلق المعاوضة والضرر لاحتمال كون المضمون مما لا يحتمله هو قد ادخله على نفسه على انه يمكن فرضه خاليا عن ذلك ومنه ما عن الشيخ في مبسوطه وخلافه والقاضي في مذهبه وابن ادريس في سرائره من عدم الجواز واضح الضعف هذا ولكن في المسالك ومحكي التذكرة وغيرهما ان الصحة فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك كقوله انا ضامن للدين الذي لك عليه اما ما لا يمكن فيه العلم لضمنت لك شيئا مما في ذمته فلا يصح قولا واحدا لصدق الشيء على القليل والكثير واحتمال لزوم اقل ما يتناوله الشيء كالاقرار يندفع بانه ليس هو المضمون وان كان بعض افراده وهو جيد اذا كان المراد عدم امكان العلم في الواقع للاهمال ونحوه كما عساه يومي اليه قوله يندفع الخ والا كان محلا للنظر ضرورة ان مقتضى الادلة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع فيصح ضمان ما في الذمة من ثبت وجي وان كان لا يمكن العلم به في الظ الا انه في الواقع متشخص كما هو واضح وعلى كل حال فيلزمه مع وقوع الضمان على الوجه المذكور ما تقوم به البينة انه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما يوجد في كتاب مما هو ليس طريقا مثبتا لما في الذمة ولا ما يقر به المضمون عنه بعد الضمان الذي يكون اقرارا في حق الغير خلافا للمحكي عن ابي الصلاح وابي المكارم ولعلهما يريدان ما اقر به سابقا قبل الضمان ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين الذي هو كالاقرار او كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقا او اصل براءته كذلك ايضا خلافا للمحكي عن المقنعة فالزمه به ويمكن ان يريد ما عن النهاية والقاضي من انه اذا كان الرد برضا الضامن قال فان حلف المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه لصيرورته الخصم معه اذ قد يكون اليمين حجة في حقه وفي ذلك ما لا يخفى من انه بناء على كون اليمين المردودة كالبينة يتجه وجوب الاداء عليه لعدم الفرق فيها بين كون الخصم له الضامن او المضمون عنه لان الحق يثبت بها مطلقا بخلاف الاقرار وفيه ان حكم البينة كما الآن الكلام في كونه مثلها في ذلك كما هو واضح هذا كله اذا ضمن ما في ذمته اما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح لانه لا يعلم ثبوته في الذمة كما في القواعد ومحكي التحرير والارشاد والمختلف حكما وتعليلا وكذا المسالك والسرائر بل هو المحكي عن المفيد والشيخ وفسر ذلك في المسالك تبعا لجامع المقاصد بانه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين في الذمة حاله فضمانه بالصيغة المذكورة شامل لما اذا كان كل ولما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على ضمان المتقدم لان العام لا يدل على الخاص قال فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه انه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه ما تقوم به البينة انه كان ثابتا وفيه ان تعليل الحكم لا يخلو من قصور لاقتضائه انه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمة وقت الضمان

حتى والحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم وقوع حقيقة الضمان موقعها كما عرفت فلا بد من تنزيل التعليل على عدم العلم بارادة الثابت من الصيغة ومنه
ان النتيجة مع فرض ارادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ ما ذلك الصحة في الثابت بها وقت الضمان والبطلان في المتجدد لا الفساد في الجميع مضافا
الى اباء ظاهر جميع العبارات المشتملة على التعليل المزبور وما ذكراه من التفسير المزبور الذي قد تعرفها فهما ابدلك وان ما ذكراه فيه تنزيل او تخريج
ولعل الاولى تفسير ذلك بارادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك لانه من ضمان ما لم يجب ضرورة عدم جعل
عنوان الضمان ما في ذمته والبينة طريق لمعرفته بل كان العنوان ما يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها ومن هنا اورد
التعليل المزبور في المخ بقوله فلا يصح لانه ضمان ما لم يجب ولا ريب في ان مراده ان الثبوت بها قبل حصوله ليس ثابتا حال الضمان وان كان
مضمون الشهادة الاشتغال حال الضمان لكن ثبوت ذلك الذي هو عنوان الضمان انما هو حال الشهادة المفروض سبق الضمان لها
وكذا لو جعل عنوان الضمان ما يقر به المضمون عنه او ما يحكم به الحاكم او نحو ذلك مما هو بعد او يحصل وح يتجه هذه العبارات ولا يحتاج
الى التخريج المزبور الذي قد عرفت فساده في نفسه وكان السبب الداعي لهم وغيرهم في ذكر الحكم المزبور اظهار الفرق بين جعل العنوان
للضمان ما في الذمة ثم يتعرف بالبينة وبين جعله ما يثبت بها وتنبيها على الغرض بخلاف الشيخ في المحكي من نهايته حيث قال ولو قال
انا اضمن ما يثبت لك عليه ان لم آت به في وقت كذا ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به البينة للمضمون عنه وهو الذي حكاه في محكي
المطهر عن قوم من اصحابنا وقال اني لم اعرف به نصا واعترضه في السرائر بانه اذا لم يعرف به نصا كيف اورده في نهايته ثم انه اساء
الادب ولكن انتصر الله له على لسان الفاضل في المخ فرده عليه ثم قال لا شك في عدم تحصيل هذا الرجل وعلى كل حال فمراد المص وغيره
التعريض بما سمعته من النهاية ولكن المحكي عنها ان ذلك موجود في بعض نسخها والا فالاصل ما يثبت لك عليه بالفعل ولا اشكال ح في صحته
ضرورة كونه ضمانا للثابت بها لا ما يثبت بها بل يمكن ان يريد الشيخ من نسخة يثبت ضمان ما في الذمة الذي طريق معرفته الثبوت بها
وان كان خلاف ظاهر العبارة وقد ظهر لك مما ذكرنا الكلام في جميع المرادات المسألة والحمد لله رب العالمين البحث الثالث في اللواحق وفيه

البحث الثالث في اللواحق

مسائل الاولى اذا ضمن ضامن للمشتري بالمعنى الاخص عهدة الثمن التي هي ضمان بالمعنى الاعم اي الثمن الذي هو في عهدة البائع له لزمه
دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من راس فظهر استحقاق المبيع مع عدم اجازة البيع او قبض الثمن او فقد شرط من شروط الصحة
او نحو ذلك بلا خلاف اجده فيه وفي الاول بل في محكي التذكرة وكذا مجمع البرهان نسبته الى اطباق الناس عليه في جميع الاعصار وفي لك
ان ظاهرهم الاطباق عليه كما ان صريح غير واحد عدم الفرق بين الاول والثاني بل هو من معقد ما سمعته من لك وغيرها من حكاية اطباق
الناس على ضمان العهدة وح ان تم ذلك يكون هذا الفرد خارجا من بحث ضمان الاعيان وان كان هو منها اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او الخيار
او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ورجع المشتري على البائع لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان في صحته من غير فرق بين ضمان
العهدة وغيره ولا ريب في حصوله مع قبض البائع له في الاول بخلاف الثاني الذي هو فسخ متجدد فضمانه ح من ضمان ما لم يجب بل الظ عدم
ذلك حتى لو قلنا ان التلف قبل القبض موجب للفسخ من الاصل لا من حينه فانه بعيد ان حكي عن العلامة من بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخا من
الحين او الاصل فيندرج في ضمان العهدة على الثاني دون الاول قال وفيه نظر لانه حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا
وفي نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبائع حينئذ وانما التلف الطارئ كان سببا في عود الملك الى صاحبه
من اصله وان كان هو كما ترى مرجعه الى التناقض ضرورة اقتضائه كونه مالا في آن واحد ملكا للشخص وليس ملكا له بل ملك الآخر ونظيره هذا وان
وان احتملناه في اجازة الفضولي الا انه قلنا بكونه ملكا للشخص وحكم الملك للآخر فانه لا ينافي الوضع من الملك والتسبب كذلك ويمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا
ولكن يبقى المطالبة بدليله ولا منافي لغرضه فانه ابدا من احكام الملك ضمانه على من في يده فيتجه كلام العلامة ح ومن ذلك يعلم ارادة المص وغيره
مما قبل التلف بالقبض ما صرح به الاكثر من التقييد به ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه لانفساخه الا ان يلحق بالغاية
السبب الذي هو العقد جنبه وان تعقب القبض الفسخ بنحو ما سمعته من احتمال الثاني بالفسخ بسبب سابق وضمانه دون المتجدد من ابتداء وغيره لكن ضعف

الاحتمال

الاحتمال المزبور يبعد حمل الاطلاق المذكور على ذلك خصوصاً من المص المصرّح بخلاف الاحتمال المزبور في المسالك والله اعلم وكذا لا يدخل في ضمان العهدة
لو فسخ المشتري بعيب لاحق للضمان كالواقع قبل القبض او في الثلاثة قولاً واحداً كما في التذكرة وغيرها بل وسابقاً وفاقاً للمشهور لان الفسخ به انما ابطل العقد
من حينه لا من اصله فلم يكن حالة الضمان مضموناً بل لو صرّح بضمانه كان فاسداً لانه ضمان ما لم يجب فما في عد وعلى التذكرة من الاشكال فيه مما
عرفت ومن وجود سبب الفسخ حال البيع بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجة واضح الضعف ولعله لذا استقرب عدم اندراجه بعد
استظهر من الاشكال بل جزم به بعد ذلك اما لو طالب بالارش يرجع على الضامن كما في عد وغيرها لان الاستحقاق له ثابت عند العقد فيتحقق شرط
الضمان بل هو اولى من غيره لان الارش جزء من الثمن باق في ذمة المشتري ولكن مع ذلك فيه تردد بل عن التحرير الجزم بالعدم لان الاستحقاق له
انما حصل له بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والعيب الموجود حالة العقد من العيب لم يقتض تعيين الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم
يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل
اختياره فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره نعم لك ان تمنع مثله في الثمن لانه فيه في ذلك وفيه ان الرد غير الثمن وان ترتب عليه
استحقاق الثمن الذي لم يجب الا بالفسخ بخلاف الارش الثابت بالاصل لكونه عوض جزء ثابت وان كان للمشتري اسقاطه فاخره وهو الفسخ والرجوع
الى الثمن ودعوى عدم ثبوته الا مع العلم والمطالبة به حتى انه لو لم يعلم او لم يطالب به لم تشتغل ذمة البايع بشيء مخالفة لظاهر الادلة وقد تقدم
المسألة الثانية
الكلام في ذلك في محله فلاحظ وتأمل المسألة الثانية قد عرفت انه اذا خرج المبيع جميعه مستحقاً رجع المشتري على الضامن اما لو خرج بعضه مستحقاً
رجع على الضامن بما قابل المستحق بلا خلاف ولا اشكال وكان بالباقي بالخيار لتبعض الصفقة فان فسخ رجع بما قابله على البايع خاصة وفاقاً
للمشهور لعدم اندراجه في ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له لو صرح به لانه من ضمان ما لم يجب خلافاً لما حكي عن الشيخ يجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود
ضمان العيب
سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب وفيه ان ذلك لا يقتضي دخوله في عهدة البايع له حتى يصح ضمانه عنه كما عرفت الحال في المشبه به فضلاً
عن المشبه وهو واضح المسألة الثالثة اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء او غرس مثلاً في الارض المشتراة لو خرجت مستحقة
وقلع المالك بناءه وغرسه اي تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً لم يصح لانه ضمان ما لم يجب حال الضمان ضرورة عدم استحقاقه
ذلك على البايع قبل البناء والغرس بل ولا بعده وانما يستحقه عليه بعد القلع نعم سبب ذلك وهو استحقاق الارض موجود حال الضمان
لكن قد عرفت ان الاصح عدم الاكتفاء بذلك خلافاً للشهيد في اللمعة فجوّزه لذلك وللحاجة اليه وكانه مال اليه او قال به في الروضة
بل قيل والقائل الشيخ في محكي المط والفاضل وولده وثاني المحققين والشهيد وكذا لا يجوز لو ضمنه البايع لم فضلاً عن الاجنبي لان
ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع لو منع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان ولكن في عد اشكال وعن التذكرة انه قرب
الصحة وقال يمنع كون المضمون عنه غير واجب وفي المتن الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد الا انه نظر فيه في لك بانه لا يلزم من
ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم استجماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان
فعدم الصحة اقوى وقد تبع بذلك المحقق الثاني حيث انه انكر على اشكال الفاضل في عد بانه ان كان في ثبوت ذلك على البايع فلا وجه
له لان ذلك واجب وان كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته ايضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له ايضاً لانه ضمان ما لم يجب بعد والى هذا اشار
في لك بقوله فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البايع ام لا فانه ثابت بغير اشكال بل في ثبوته بسبب الضمان وتظهر الفائدة فيما لو اسقط
المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فان له الفسخ
بالخيار الاخر انتهى وفيما لو كان قد شرط على البايع ضماناً بوجه صحيح فان صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط وان لم يحصل للمشتري نفع
جديد فقد ظهر ان هذا الضمان قد يفيد فائدة اخرى غير التأكيد لو قلنا بصحته وبه يظهر ضعف التعليل جوازه بكونه ثابتاً ضمن ام لم
يضمن لان هذه الفوائد الاخر لم تكن ثابتة لو لم يضمن قلت يمكن ارادة المص بما ذكره من ان الوجه الجواز اشتراط ضمان ذلك على البايع في عقد
البيع تعريضاً بما وقع في محكي المط الذي اشار اليه المص بلفظ القيل من انه ان شرط ذلك في نفس البيع بطل البيع بل قد عثرنا على نسختين من الشرايع

وقيل وكذا لو ضمنه البايع ولو شرطه في نفس العقد والوجه ح بما ذكره المص واضح لان المشروط لازم للبايع بنفس العقد فلا مانع من اشتراطه عليه
لتبرتب عليه ما ذكره في الكتاب من الفائدة الاولى ولا تقدح جهالته بعد ان كان لازما له نحو ما قيل في اشتراط اخبار الحليس وان كان لا يخ من بحث
عندنا وعلى كل حال فالمراد بذلك لا الضمان المصطلح اذ هو غير معقول ضرورة انه لا وجه لان يضمن الانسان عن نفسه نعم الغريب اشتباه هؤلاء
الافاضل في ذلك والله اعلم وكيف كان فهذا كله في ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البايع واما العكس وهو ضمان عهدة الثمن للبايع عن المشتري
فلا اشكال فيه اذا كان دينا بمعنى نقل ما في ذمة المشتري اليه وكذا ضامن لو خرج مستحقا فيما اذا كان الثمن كليا في ذمة المشتري الذي رجعه
الى الاول ايضا والى ارشه ان كان معيبا كما اذا كان شخصيا فان ضمان عهدة عن المشتري ح ذلك وليس هو من ضمان الاعيان كما اشرنا اليه
سابقا بل هو من ضمان ما في الذمة وكذا الضمان نقص الصبغة التي يزن بها المثمن او الثمن للبايع او المشتري كما صرح به غير واحد لكنه لا يندرج
في اطلاق ضمان العهدة ومثله ضمان درك الجلس منها ايضا المسألة الرابعة اذا كان له على رجلين مثلا مال فضمن كل واحد منها ما على
صاحبه باذنه دفعه واحدة ورضي المضمون له بذلك ولنا وتحللا الان من جميع الوجوه تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه بلا خلاف
ولا اشكال لاجتماع شرايط صحة الضمان في كل منها وكان فائدة هذا الضمان جرانه كل واحد منهما بضمانه وعاد بمضمونه اصلا فتبعا كسان
والشكال الرهن اذا كان عليها او على احدهما لان الضمان اداء وغير ذلك كما ان فائدته مع اختلاف الدين قلة وكثرة وحلولا وتاجيلا
والضمان كلا واتحاده بل في الفرض لو شرط احدهما الضمان في مال بعينه وقلنا بصحته وحجر عليه لفلس قبل الاداء اخذ المضمون له
حقه من المال مقدما على الغرماء ليس تعلق حقه الا ان المفلس قد استحق على عليه المضمون عنه مع فرض كون الضمان باذنه وتعلق به ح
حق الغرماء فاذا كان قد ادى لاخر عنه قبل الحجر عليه ضرب مع الغرماء ولا يقاصه لتعلق حق الغير بما عليه بل يكون لرحصته
ويبقى الباقي في ذمة المفلس كما هو واضح ولو قبل المضمون له ضمان احدهما دون الاخر كان الجمع عليه فان دفع النصف مثلا انصرف الى
ما قصد ويقبل قوله مع اليمين فان اطلق فيسلط في وجه قوي تقدم نظيره في الرهن ويحتمل صرفه الى من شاء بعد ذلك او القرعة نعم لو ابرء
تعين ما قصده فان اطلق فالتقسيط مع احتمال القرعة ايضا بناء على انها للامر المشتبه موضوعا في الواقع ولو ادعى الاصيل قصده في الابراء
فمع عدمه في توجه اليمين عليه اي المضمون له او على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء المقصد وعن المحقق الثاني انه استوجبه
القرعة ولعل الظاهر ان الدعوى بين الضامن والمضمون عنه دون المضمون له ح فان صدق المضمون لم يكن القول قوله كما ان القول قول الضامن
ان صدقه وان لم يكن الرجوع اليه لم يثبت وعزه فقد يقوى القرعة ح بعدا نقا فيما على انه قد قصد مخصوصا وقلنا بعدم شغل ذمته
المضمون عنه الا بالاداء لعدم اصل يرجع اليه ح اما مع عدم العلم فالحمل على الاطلاق متجه ولو ادعى احدهما على الاخر العلم كان له اليمين على نفيه
والله اعلم ولو قضى احدهما ما ضمنه عن صاحبه برء من ضمانه وبقي على الاخر ما ضمنه عنه وكذا لو ابرء الغريم احدهما برئ هو مما ضمنه دون
ما ضمنه شريكه بل قد يقوى بعدم الرجوع له عليه ان ادى ساء بل وان لم يؤد الاخر بل ابراه الغريم مما عليه لحصول النهاية بينهما فهو ابرء مجرد
ضمان كل منهما باذن الاخر لكنه كما ترى بعيد عن مذاق الفقه ويمكن ان يقوى انه وان قلنا باشتغال الذمة المضمون عنه للضامن اذا كان قد اذن
له في الضمان وان لم يجز له الرجوع عليه حتى يؤدي الا ان الظاهر ذلك على جهة المراعاة فان لم يؤد ولا براء ونحوه ينكشف عدم اشتغالها
وان ادى تبين اشتغالها فلا يقاص ح في الفرض وكذا لو قلنا بكون السبب لا شتغالها العقد الماذون فيه مع الاداء فلم يحتاجان المسألة
غير محررة في كلامهم وسيأتي عن قريب بعض الكلام انشاء هذا كله في ضمان كل منهما على الاخر ما لو ضمن اثنان عن واحد فان كان على التعاقب فالضامن
من رضي المضمون له بضمانه بل لو اطلق الرضاء بهما كان الضامن هو السابق وان كان ضمانهما دفعة فالضامن من رضي به منهما وان رضي بهما كل في
الصحة مع التقسيط بالنصف في الفرض والثلث ان كانوا ثلثة وهكذا او الصحة مع التخيير ومطالبة من شاء منهما ومطالبتهما معا كما عن ابن حمزة في
الوسيلة وسماه بضمان الانفراد وعكسه وهو ضمان الواحد عن جماعة ضمان الاشتراك بل قيل انهم جزموا به في باب الديات فيما اذا قال الق
متاعك وعلى كل واحد منا ضامن بل عن الفاضل في درسه توجيهه بوقوع مثله في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال كالايدي المتعاقبة

المسألة الرابعة

ابراء الغريم

المسألة السادسة

على المضمون او بطلان الضمان من اصله كما عن التذكرة وجامع المقاصد اقوال ومن هنا قال في عدة اشكال لكن لا يخفى على من لاحظ جميع انظار المسألة
قوة الاخير منها وما ذكره الفاضل من وجود النظير لو سلم انه مثله لا يصلح دليلا للمسألة مع انه قد تقدم منا في المباحث السابقة ما يستفاد
منه وضوح الفرق بين ذلك وبين الايدي المتعاقبة والله اعلم المسألة الخامسة اذا رضي المضمون له ببعض المال او ابرأه من بعض لم يرجع
على المضمون عنه المفروض اذنه في الضمان الا بما اداه لما عرفت سابقا من انه ليس له الا ذلك نصا وفتوى بل هو مشروط بما اذا لم يزد عن الحق
والا رجع بالحق خاصة فالضابط في الرجوع باقل الامرين مما اداه ومن الحق في كل موضع له الرجوع وكان المصنف اشار بما ذكره الى خلاف بعض العامة
الذي جوز الرجوع مع الابراء عن الكل او البعض لانه هبة له خاصة من دين الدين وهو باطل عندنا لما عرفت نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه
بعضه او جميعه جاز له الرجوع لصدق الاداء بل لعله كذلك اذا احتسبه من خمس وزكاة عليه مثلا والله اعلم ولو دفع عرضا عن مال الضمان
رجع باقل الامرين من القيمة والدين من غير فرق بين ان يكون قد رضي المضمون له به عنه بغير عقد وبين ما لو صالحه عنه بالدين نعم لو
صالحه عليه بما يساوي الدين في ذمته وقاصه به اتجه رجوعه بما ثبت له في ذمته واداه عن الدين مع احتمال الرجوع بالقيمة
خاصة لان وضع الضمان على الارفاق ولعله لذا توقف فيه الفاضل في المحكي من التذكرة والله اعلم المسألة السادسة اذا ضمن عنه
دينارا مثلا باذنه فدفعه المضمون عنه الى الضامن فقد قضى ما عليه بناء على اشتغال ذمته له بضمانه عنه المأذون فيه وان كان لا
يستحق الرجوع عليه الا بالاداء لان الضمان نوع اداء والفرض حصوله باذنه فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه حينئذ كالدين وفاء كما يصح للضامن
ابراء ذمة المضمون عنه قبل الاداء وهذا كله لا ينافي عدم استحقاق المطالبة له الا بالاداء للدليل نعم قد يقال ان الدفع وفاء مثلا وكذا الابراء
مراعى بحصول الاداء منه فان حصل استقر ذلك والا انفسخ ورجع المال الى المضمون عنه او يقال ان ذلك على الكشف بمعنى انه بحصول الاداء ينكشف
وقوعه في محله والا انكشف عدم شغل ذمته من الاصل لكن ذلك وجوه لا ارى مصرحا احدا به من الاصحاب بل في المسالك والمحكي عن غيرها
ما يقتضي خلافه وانه لا تشتغل ذمة المضمون عنه الا حين اداء الضامن ولعله للاصل مع عدم ثبوت كون الضمان اداء بالنسبة الى ذلك
وان كان هو كالاداء بالنسبة الى برائة ذمة المضمون عنه فلا سبب حينئذ لشغل ذمة المضمون عنه الا الاداء المأذون فيه بالاذن بالضمان
لقاعدة احترام مال المسلم وح فالنصوص الدالة على عدم الرجوع الا به والا بما ادى كاشفة عن ذلك لا انها مخصصة لقاعدة تسلط من
له الدين على من عليه ولا انها مقيدة لاحكام اخر يصعب التزامها ولعل هذا هو الاقوى وح ولا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاء بل هو مدفوع
ليكون وفاء له اذا ادى بل في المسالك لا يبعد كونه مضمونا عليه لقاعدة على اليد وكونه كالمقبوض بالسوم واستشكل فيه في كره بعد ان حكم
به نعم لو قال المضمون للضامن اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق واضح لانه دفعه في السابق اليه
اما مطلقا او انه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس مستحقا عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت لانه وكالة في قبضه ودفعه قلت قد يقال
ان مرجع الاول الى الامانة ايضا ضرورة عدم كونه وفاء فعلا قبل الاشتغال فليس هو الا على ملك المضمون عنه بل لا بد من التزام التوكيل للضامن
في قبضه منه وفاء بعد الاداء فلا ضمان ح والقياس على المقبوض بالسوم ليس من مذهبنا وقاعدة على اليد مخصصة بالامانة ولعله لذا استشكل فيه
في كره في محله نعم لو دفعه بعنوان القرض له مقدمة لحصول التهاتر بعد الاداء امكن لكنه غير المفروض وكيف كان فلو قال اعط الضامن على ذلك
المضمون عنه ادفعه انت الى المضمون له فدفعه فقد برئا اما الضامن فلوفاء دينه واما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع
عليه ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمته لانه المديون وقد اذن له في وفاء دينه وثبوت مثله في ذمة
المضمون عنه لادائه فيتقاصان وفيه ان اداء دين الضامن المأذون بالمضمون عنه باذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن
بمثله اذ ليس هو قد صار بذلك قرضا عليه مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكا للمديون كما انه لا يستحق رجوعا على المضمون
عنه لعدم حصول الاداء منه فلا تقاص ح لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما نعم لو فسرت العبارة بارجاع ضمير قال الى المضمون عنه
اي قال للضامن ادفعه الى المضمون له فقد برئا معا كان ح ممكنا والوجه فيه واضح لما عرفت ويكون هذا كما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له

بغير اذن الضامن فانه لا اشكال ولا خلاف في انه اذا كان كذلك برئ الضامن والمضمون عنه بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الاداء
منه عنه كما هو واضح والله اعلم ولو تبرع متبرع بالضمان ثم سئل الاخر الضمان عنه فضمن وادى رجع عليه دون الاصل ولو انكر المضمون عنه
الاذن في الضمان وانكر الدين كان القول قوله ولو انكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة لم يرجع على المضمون عنه اذا كان انكر الدين او ٢ اصل
اصل الاذن بالاداء عنه في ضمن الضمان وغير ضرورة عليه بفراغ ذمة المضمون عنه وعدم استحقاق الرجوع عليه وانه قد اخذ منه ظلما
بالبينة المحضة نعم لو لم ينكر اصل الدين ولا اصل الاذن بالاداء عنه ولا المضمون عنه اصل الاذن له او ثبت ذلك بحجة شرعية كان له
الرجوع على المضمون عنه مقاصة ظ لعدم منافاة انكار الضمان لذلك ضرورة كونه اخص من استحقاق الرجوع الذي يمكن ان يكون بالاذن
بالاداء من دون ضمان فله المطالبة ح بان يقول اني اديت عنك دينك على وجه استحق الرجوع به عليك ويقيم البينة على الاذن ان
كانت وان كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن لان التوصل الى الحق بطريق لا يكون مشتملا على محذور جائز والظ انه يسوغ للبينة الشهادة
بالاذن من دون تعيين الضمان الذي انكر الضامن نحو لو حاط او تب طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم وعلى كل حال فله الرجوع ظ
نعم له المقاصة باطنا اذا كان كاذبا في انكاره الضمان بالاذن الا ان يعترف له المضمون عنه بذلك ولو اذن له باداء دينه من دون ضمان
فادعاه المأذون وانكره الاذن كان القول قول المأذون لانه وكيله وامينه من غير فرق بين تصديق المستحق وعدمه نعم لو قيد الاذن
اذنه بالاشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه ولو صدقه المستحق اذ يمكن ان يكون تصديقه مواطاة وليس الغرض سقوط المطالبة
الحاصل بذلك بل براءة الذمة في الواقع ولم يحصل ما يدل عليها اللهم الا ان يجعل اقراره بذلك طريقا لها بناء على ان الغرض التقييد بالاشهاد
ولم يحصل نعم لو لم يقيد بذلك واطلق الاذن امكن الاكتفاء باقراره وان قلنا بتقصيره بترك الاشهاد على وجه لا يستحق الرجوع معه الا ان
من المعلوم كون ذلك لا ارادة سقوط ذلك المطالبة والبراءة والفرض حصولها بالاقرار وكذا لو كان الدفع بحضور الاصيل ومن التامل فيما ذكرنا
يظهر لك مواضع النظر فيما ذكره الفاضل في عد فلاحظ وتامل فان فيه مواضع للنظر بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسئلة في الضامن ومن المعلوم
عدم جريان جملة من الشروع فيه ولذا فرضناها في المأذون في الاداء بدونه وقد عرفت الكلام سابقا في الضامن فلاحظ وتامل وقد تقدم لنا — اذن المضمون عنه
سابقا وياتي في باب الوكالة وغيرها ما ينفعك هنا اتم وجه النظر في جملة من ذلك فلاحظ وتامل جيدا والله اعلم المسئلة السابعة
اذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله بيمينه لاصالة عدم القبض وفي الكتاب فلا يرجع الضامن على
المضمون عنه بشيء لعدم تحقق غرمه المشروط به استحقاقه في الرجوع وفيه ان المتجه ح توجه المخاصمة بينهما وتوجه اليمين عليه
ولو رد المضمون له اليمين على الضامن في الاول وحلف ففي استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك وعدمه وجهان اقواهما العدم بل وكذا في استحقاقه
تصادق الضامن والمضمون له وعلى كل حال ففي مفروض المتن ان شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته وان كان الضمان بالاذن لانه ح
شهادة على نفسه ح باستحقاق الرجوع وشهادة على غيره نعم هي مقبولة كغيرها من الشهادات مع انتفاء التهمة واليه يرجع ما عن التحرير من ان
شهادة المضمون عنه ترد اجماعا وبالاداء ان اثرت في البراءة كالضمان على الناقل عندهم ووجدت التهمة بما اذا كان اداء الضامن بالصلح
باقل من الحق وباعسار الضامن مع عدم علم المضمون له وبتجدد الحجر عليه لفلس وكان للمضمون عنه عليه دين وبغير ذلك مما يمكن جر منفعة
اذ الغرض انها شهادة مقبولة في نفسها الا اذا اقترنت بما يمنعها من جر نفع او خصومة او غير ذلك لا انها مردودة في نفسها لكونها
ما يجر نفعا باعتبار كون الدين دينه لان الضامن قد برئ عندنا وصار كالاجنبي بالنسبة الى ذلك هذا كله على مذهبنا من القول بانتقال
الضمان انتقال المال اما على قول مذهب مخالفينا من كونه ضم ذمة الى اخرى فلا اشكال في عدم قبول شهادته كما هو واضح ولو لم
الضامن
يكن المضمون مقبولا لجر نفع او فسق او خصومة او غير ذلك فحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة ثانية على زعم الضامن ولكن
يرجع المضمون على المضمون عنه بما اداه اولا على الوجه الذي عرفته سابقا لا الاخير الذي هو ظالم بزعمهما به ولو لم يشهد المضمون عنه اي
يصدق الضامن بدعواه رجع الضامن عليه بما اداه اخيرا العدم ثبوت اداء سواه ثم الظ توجه الخصومة بينهما كما اشرنا اليه سابقا كان الظ

[illegible]

فيشهد

بقيد ذلك بالالزام بزيد المدفوع اخيرا على الاول وكلا على الحق والارجح بالاقل من الثلثه لانه ان كان هو ما عزمه اولا فلا عبرة بعدم استحقاق
ما سواه وان كان ما دفعه اخيرا فلما عرفت من عدم ثبوت غيره وان كان هو الحق فلما عرفت من ان الرجوع انما هو في الاقل منه والمدفوع المسئلة
الثامنة اذا ضمن مريضا بتبرع في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح من كون المنجزات منه لان الاصل اذ لا اشكال
في كون المرض منها نعم لو ضمن بسؤال نفي لك هو كالو باع بثمن المثل بالنسبة الى ذلك اذ ذاك هو كبيع المحاباة اي في احتساب ما يفوت منه على الثلث
ولكن لا يخلو من نظر ضرورة كونه كالقرض ونحوه لعدم التبرع فيه ليشبه المسئلة التاسعة اذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا باذن المضمون عنه
في ذلك وعدمه ففي المحكي عن المطلب يصح وكذا لو كان الى شهر فضمنه الى شهرين لان الفرع لا يرجح لا يرجح على الاصل ووافقه على ذلك فخر الاسلام
والكركي بل عن الخ انه استحسنه بل قد عرفت ان الاولى مقتضى ظ من اعتبر الاجل في الضمان وان كان ذلك حيثيته اخرى غير ما عرف منها
ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الاجل فيه ولكن مع ذلك كله فيه تردد بل منع لما سمعته سابقا من عدم الدليل على اشتراط الاجل فيه بل ظ
الادلة خلافه كما انه لم يثبت ما نفيه زيادة الفرع على الاصل ودعوى اعتبار ومشروعيته الضمان على المساواة ممنوعة كدعوى ان ذلك من
ضمان ما لم يجب باعتبار ان الحلول زيادة في الحق وكذا نقصان الاجل ولذا تختلف الاثمان باختلافه ضرورة ان المضمون المال والاجل
من التوابع ومن الحقوق للمديون التي يجوز التبرع به عنه وعنه باسقاطها وان كان مع اذنه في الضمان دون الحلول لم يستحق الرجوع عليه انما هو
الا للاجل كما عرفته سابقا وكذا دعوى اعتبار الارفاق في الضمان اذ لا دليل عليها بل ظ الادلة خلافها على انه مع التبرع لا ينافي الارفاق كما انه
لا ينحصر الارفاق بهذه الجهة وقد اشرنا الى ذلك سابقا والله اعلم القسم الثاني في الحوالة بفتح الحاء كسحابة وهي مشروعة بالنص واجماع الامة

القسم الثاني في الحوالة

كما عن المط وغيره بل لعله سمعا ولا خلاف فيه عند علمائنا اجمع في محكي التذكرة والكلام فيها يكون في العقد وشروطه واحكامه اما الاول فالحوالة
المتفق على صحتها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ولو باعتبار اشتغالها بمثله الى المحال عليه كما ستعرف تحقيق الحال
في ذلك فلا ينتقض بالحوالة على البريء وان كان الاصح عند المص على ما ستسمع صحتها الا ان فيه خلافا وقد حاول الفاضل ادخالها بحذف
قيد الشغل لكنه ينتقض بالضمان والامر في ذلك كله سهل بعد ان ذكرنا غير مرة ان المراد بها التمييز في الجملة فهي اشبه شيء بالتعاريف اللغوية
لسهولة الامر في انها عقد والاثر الحاصل منه بعد ما عرفت تحقيق الحال في ذلك في البيع وفي ان الفاظ العقد مخصوصة او يحصل بكل شيء دال
عليه منها اذا كان على طريق العرف واللغة بعد ان تقدم منا تمام الكلام فيه في ذلك بل وفي حكم المعاطاة فيها بعد فرض قيام سيرة كالشفعة
على مشروعيتها فيها اذ قد تقدم ايضا منا تمام الكلام في احكامها التي لا يصعب عليك جريان ما يجري منها هنا بعد فرض صدق اسم الحوالة عليها
وكيف كان فيشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال بلا خلاف اجده في الاول والاخير بل الاجماع بقسميه عليها بل المحكي منهما مستفيض او
متواتر وهو الحجة مضافا الى الاصول المذهب وقواعده لكن في لك ومحكي التذكرة وغيرها انه يستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه
بالوفاء فانه لا يعتبر رضا المحيل قطعا لانه كوفاء دينه وضمانه بغير اذنه والعبارة عنه ح ان يقول المحال عليه للمحتال احلت بالدين الذي لك
على فلان على نفسي فيقبل وزاد في لك فيشترط هنا رضا المحال والمحال عليه ويقومان بركني العقد نحو رضي المحال عليه بما تقدم لقيام
العقد بغيره وفيه امكان منع صحة هذه الحوالة لعدم اطلاق في خصوص المقام تثبت دلها واوفوا بالعقود انما يراد منه العقود المتعارفة
اي البيع والصلح والحوالة ونحوها فلا يشمل فيه للمشكوك فيه من افرادها بعد فرض عدم ما اطلاق فيها يثبت دلها بل المحكي الاجماع مستفيضا
على اعتبار رضى المحيل الشهيد بخلاف ذلك كما انه يشهد انفا فهم على ان المحيل والمحال من اركان عقد الحوالة وان بالايجاب من الاول والقبول
من الثاني فتم العقد ينفي بخلافه ضرورة عدم اختلاف اركانها ودعوى قيام المحال عليه مقام ذلك مصادرة محضة مخالفة لما عرفت
فالاولى عدم الاستثناء المزبور والله اعلم هذا كله في الاول والاخير واما اعتبار الرضا في الثاني فهو المشهور بل عن الاردبيلي انه لم يظهر فيه خلاف
بل في محكي التذكرة نسبته الى اصحابنا والمختلف الى علمائنا بل عن الشيخ دعوى الاجماع وان كنا لم نتحققه وانما المحكي عن المط والخلاف وما عن الغنية والسرائر

من الاجماع على صحة الحوالة مع رضاه بخلاف حال عدمه وهو كما ترى ليس اجماعاً في المقام بل مشعر بوجود الخلاف لان الظاهر ارادة قول من العامة نعم هو محكي عن الغني بل لعله ظاهر المحكي عن المقنعة والنهاية بل عن الفاضل في المختلف الميل اليه بل هو خيرة المقتصر والتنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة على ما حكي عن بعضها بل في الثاني ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً وان لم يشترط الشغل او كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً وان كان قد يمنع القطع بما ذكره اخيراً نعم هو كذلك في سابقه اي الحوالة على البريء بناء على صحتها كما اعترف به غير واحد من الافاضل فالبحث ح في مشغول الذمة ولو بغير المثل كما ستعرف وعلى كل حال فليس للثاني بعد الاجماع المحكي الذي لم يتحققه بل المظنون توهمه مما عرفت سوى اصالة بقاء الحق في ذمة المحيل المقطوعة بعموم اوفوا وباطلاق الحوالة اذ لا ريب في عدم اعتبار رضاه في مفهومها المتحقق بالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ومن هنا قيل مع فرض اعتباره لا فرق بين مقارنته ولحوقه بل وسبقه اذ ليس هو من اركان العقد المعتبر منه اتصال قبوله بايجابه وكونه باللفظ العربي ونحو ذلك بل لا يبعد كونه كاستطاع فرض تأخره على نحو الرضا في عقد الفضولي الا انه لم احد معترفاً به كما اني لم اجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول بان يكون هذا العقد مركباً من ايجاب وقبولين وان كان هو مقتضى ما سمعته من دليلهم ايضاً وسوى اختلاف الناس في سهولة القضاء والاقتضاء المعلوم عدم رجوعه الى حاصل ضرورة تسلط الناس على اموالها ولذا كان جارية الوكالة على استيفائه ونقله الى الغير ببيع وصلح وغيرهما وسوى دعوى اقتضاء الحوالة النقل كما هو مقتضى ما سمعته من تعريفها في محكي كره الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل الى المحتال عليه عند علمائنا اجمع وكذا عن ف وط والغنية وغيرها انه لذلك سميت حوالة ولا ريب في توقف الانتقال الى ذمة الغير عما في ذمته على رضاه التي يمكن منعها بالمعنى المزبور وانها انما تقتضي الوفاء به عما له في ذمة الغير عما في ذمته خصوصاً بعد كون المتعارف في القصد بالتحويل بل ذلك لا انتقال ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه عوضاً عما له في ذمته ولا وجه لاقتضائها ذلك مع فرض عدم قصده نعم هو كذلك في الحوالة على البريء التي هي كالضمان بخلاف الفرض التي هي كالوفاء بل يمكن ارادة كونها ناقلة بمعنى اقتضائها نقل ما في ذمة المحال عليه الى ملك المحال عوضاً عما له في ذمة المحيل ومن هنا تخيل بعض العامة انها بيع او معاوضة بل يمكن ارادتهم من التعريف المزبور وغيره ذلك ايضاً على معنى اقتضائها انتقال مساوي حق المحال في ذمة شخص آخر غير المحيل اليه بل قد يقال توسعاً انها اقتضت نقل المال من ذمة الى ذمة اخرى بالاعتبار المزبور وبالجملة فالمسلم والمتعارف في قصد المتعاقدين ذلك وهو لا يتوقف على الرضا اذ هو ح كنقله بغير التحويل من البيع ونحوه واما غيره فلا دليل عليه بعد ان لم يكن من مقصود المتعاقدين بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده وح فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخ من قوة وان كان الاحوط خلافه خصوصاً بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة وكيف كان فمع تحققها جامعة للشرائط يتحول المال الى ذمة المحال عليه ولو باعتبار انتقال عوضه الذي هو في ذمة المحال عليه اليه بل لعل المراد من تحول المال اي تبدله بما في ذمة المحال عليه خصوصاً بعد العلم بان استفاضة هذه العبارة حتى حكي عليها الاجماع غير واحد بل صدرت ممن قد صرح بعدم اقتضاء الحوالة النقل بالمعنى السابق كالمحقق الثاني والشهيد الثاني انما هو في مقابلة المحكي عن زفر من العامة من القول بعدم تحول الحق عن ذمة المحيل وجعلها كالضمان عندهم وعلى كل حال يبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال على الاظهر الاشهر بل المشهور للظهور عدم الرجوع في خبر ابي ايوب سأل ابا عبد الله ع عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه قال لا يرجع عليه ابداً الا ان يكون قد افلس قبل ذلك في الرواية المزبورة كخبر منصور بن حازم سألت ابا عبد الله ع عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه قال لا يرجع عليه ابداً الا ان يكون قد افلس قبل ذلك وخبر عقبة عن ابي الحسن ع سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي قال لا بل ذلك مقتضى الحوالة التي هي بمعنى النقل ولو بالوجه الذي ذكرناه الذي هو نقل المال الذي في ذمة المحال عليه الى المحال لكن من المعلوم كون ذلك بدلاً وعوضاً للمحال في ذمة المحيل لانها من قبيل الوفاء فيقتضي ح براءة ذمة المحيل خلافاً للمحكي عن ابي علي والشيخ في النهاية وابي الصلاح والقاضي وظاهر المقنعة بل من بغداد في التنقيح اختياره فاعتبروا براءة المحال للمحيل والا لم يبرأ لخبر زرارة عن احدهما ع في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال

ذمة المحال عليه

ثبت ما كان له عليه فقال اذا ابرئه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله لكنه خبر واحد مرسل محكي عن الحسن البصري
ويحتمل الارادة الرجوع عليه ولو في حال الاعسار والكناية عن القبول والرضاء بالحوالة فلا يصلح معارضا لتلك الاخبار ولو على جهة التقييد والا
لما دل على اللزوم في عقد الحوالة المستفاد من الاية والاجماع وغيرهما بل يرده هذا القول مضافا الى ما ذكرنا بالاجماع بقسميه على اقتضاء الحوالة نقل
المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ولكن قد ينافش في الاجماع المزبور اذ لا يتصور معه الخلاف المذكور والذي قد سمعته من غير واحد
بل المخالف انما عبر بلفظ الاظهر ونحوه ولو ان هذا الاجماع محقق لم يتصور محل للابراء معها كما لا يتصح فيما لو وقع قبلها من الغريب ما حكي عن لك
في المقام حيث قال هنا حكمان احدهما ان الحوالة تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وهو موضع وفاق منا ومن العامة
الا من شذ منهم فانه جعلها كالضمان بمعنى الضم وشاده ظ الى ان قال وثانيهما ان المحيل يبرء من حق المحتال الخ ما ذكره مع انه في الساني عند
البحث على اعتبار رضا المحال بعد ان ذكر دليل الخصم انها تقتضي الاشتغال قال انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هي ايفاء المال لما في ذمة الغير فلا
يقصر عن بيعه ولا يشترط فيه رضاه اذ مع فرض تحقق الاجماع المزبور لا يتصور النزاع المذكور نعم ما يمكن تسليمه من الاجماع اقتضاء الحوالة النقل
بمعنى اشتغال ما في ذمة المحال عليه الى المحتال اما اقتضاؤها مع ذلك براءة ذمة المحيل على وجه ليس له الرجوع عليه وان لم يقبض من
المحتال فلا عند من عرفت جمعا بين النصوص المزبورة بالاطلاق والتقييد مضافا الى اصالة بقاء ذمة المحيل وان كان الاقوى خلافه لقصور غير
المزبور عن ذلك ولان الحوالة وان كان الاصح انها قسم براسه لكنها بحكم الاستيفاء والاعتياض وحكمها وعلى كل حال تقتضي براءة ذمة المحيل
ولان المراد والمقصود من المتعاقدين بها ذلك فيعلم ان شرعيتها على الوجه المزبور حيث لو قصدا خلافه مصرحين لم تشرع الحوالة كما هو واضح
والله اعلم ويصح ان يحيل على من ليس له عليه دين وفاقا للمشهور بل عن السرائر الاجماع عليه وهو الحجة بعد اطلاق النصوص السابقة وعموم اوفوا
بالعقود والسيرة على فعلها حيث يعلم شرعيتها خلافا للمحكي عن الشيخ في اخر الباب وربما حكي عن القاضي وابن حمزة وان كنا لم نتحققه فانحصر
الخلاف فيه بل المحكي عنه في اول الباب الموافقة وبنى الخلاف بعضهم على ان الحوالة اعتياض او استيفاء فعلى الاول لا يجوز وعلى الثاني يجوز
وفيه ان الاصح كونها اصلا براسه وان لحقها حكم الوفاء في بعض الاحوال والاعتياض في بعض اخر والامر المعلوم انها ليست وفاء حقيقة
ولذا لا يجب قبولها وان كانت على ملي ولا بيعا كذلك ولذا لم يثبت لها حكم التقابض في المجلس لو كانت في النقد وعلى كل حال فلا دليل للخصم سوى
الاصل المقطوع بما عرفت ودعوى استبعاد اختلاف مقتضاها والمراد منها اذ هي على مشغول الذمة اشتغال وعلى البري معنى الضمان
ومن هنا قال المص لكن يكون ذلك بالضمان اشبه بل عن الكاشاني الاظهر انها ضمان وان كان فيه ما لا يخفى ضرورة عدم حصول انشاء
ذلك من المحال عليه حتى تكون ضمانا بل اقصاه الرضاء بما انشاء المحيل من معنى الحوالة التي هي بمعنى الوفاء باثبات مثل ذلك في ذمة
البري او الاعتياض عنه بذلك وهو معنى غير الضمان بل هو قريب من الحوالة على المشغول ومثل ذلك لا يقدح في العقد فان افراد البيع مثلا
الاحالة على الملي الوفي
اشد من ذلك تفاوتا فما عن الكركي من التامل في الجواز في غير محله والله اعلم واذا احاله على الملي الوفي لم يجب القبول بلا خلاف
اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه بل قد عرفت المحكي منه على رضى المحتال مستفيضا مضافا الى الاصل السالم عن معارضة ما دل على وجوب
قبول الوفا منه اذ لم يعد معلوميته عدم كونها وفاء حقيقة على وجه تندرج في اطلاق تلك الادلة بل هي نائبة كما عرفت فما عن داود
الظاهري من الوجوب لذلك وللنبوي المرسل اذا احيل احدكم على الملي فليحتل الذي لم نجده في طرقنا ولا جابر له ولا شاهد وينبغي
حمله على الندب واضح البطلان لكن لو قبل الحوالة لزم وليس له الرجوع ولو افتقر كما لو كان فقيرا من اول وقد علم به ودخل بلا خلاف ولا
اشكال بعد معلوميته كون الحوالة من العقود اللازمة مضافا الى النصوص السابقة خصوصا خبر عقبة منها بل عن الخلاف ان المروي عن امير
المؤمنين فما عن ابي حنيفة من ان له الرجوع اذا جحده المحال عليه او مات مفلسا وعن عمر وابي يوسف ومحمد بن الحسن اذا افلس وحجر عليه
الحاكم واضح الفساد من غير فرق في ذلك بين اخذ المحتال شيئا من المال وعدمه لاطلاق النص ومعقد الاجماع وغيرهما من اصالة اللزوم و
غيرها بل عن المختلف الاجماع على ذلك صريحا خلافا للمحكي عن سلار فجوز الرجوع مع عدم الاخذ لعدم تمامية القبول بدونه وهو شاذ نادر واضح الضعف

ثم هذا كله في المحال عليه الملي ثم اتفق ما لو قبل الحوالة جاهلا بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على المحيل بلا خلاف اجده فيه
كما عن الغنية الاعتراف به بل في محكي التذكرة نسبته الى علمائنا والسرائر الى اصحابنا بل عن الخلاف الاجماع عليه وهو الحجة بعد النصوص السابقة
وقاعدة الضرر وغيرها بل ظاهر اطلاق النص والفتوى ما صرح به جماعة من ثبوت الخيار له حتى لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر لتحقق المقتضي
له فيستصحب وليس العلة الاعسار ما دام ليزول بزوال الرد ودعوى كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها بل الشاهد على خلافها
متحقق بل يمكن ان يكون ذلك حكمة لا علة ودعوى ان الخيار مبني في ذلك على كون علل الشرع معرفات او علل حقيقية وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر
او محتاج فعلى الاولين يثبت الخيار وعلى الثاني من الثاني يزول ولا بأس به بعد معرفة كون علل الشرع معرفات وعدم احتياج الباقي في بقائه
الى غير الاول كما هو محرر في محله وهل هو على الفور او التراخي وجهان اقواهما الثاني للاطلاق وغيره كما ذكرناه في نظائره ثم ان الظاهر ارادة الاعسار
من الفقر في كلام المصنف اقتصارا على المتيقن فيما خالف قاعدة اللزوم كما ان المراد من الافلاس في النص لا بحجر الحاكم بالافلاس نعم الظاهر ثبوت الخيار له
وان بذل المال بقرض او غيره بل ولو تبرع متبرع عنه للاطلاق ومنه يعلم ان ليس المدار على قاعدة الضرر على وجه يدور الحكم معه وقد تقدم في الضمان
ما لا يخفى عليك جريانه في المقام كغيره من احكام الاجل واشتراط الخيار وغير ذلك مما لا فرق فيه بين الضمان والحوالة خصوصا اذا كانت على البريء
والله اعلم واذا احال بما عليه على مشغول لم يذكر ذلك او بريء بناء على الصحة ثم احال المحال عليه المحال بذلك الدين كله صح بلا خلاف ولا اشكال
لاجتماع شرائط صحتها فتندرج في اطلاقها المندرج في آية اوفوا بالعقود وكذا لو ترامت الحوالة بتعدد المحال عليهم واتحاد المحال كما لو احال
المديون زيدا على عمرو ثم احال زيد على بكر ثم احال بكر زيدا على عمرو وهكذا لوجود المقتضي وارتفاع المانع وبتعدد المحتال او المحيل واتحاد المحتال
عليه كما لو احال المحتال من له عليه دين على المحتال عليه وهكذا بل كما يصح ترامبها يصح دورها كالضمان بان يعود الى المحيل الاول اذا
ومن شغل ذمته للمحال عليه او قلنا بصحتها على البريء بل لم نجد خلافا هنا وان سمعته في الضمان كما هو واضح واذا قضى المحيل الدين بعد
الحوالة فهو كما لو قضاه اجنبي المعلوم حكمه بانه ان كان بمسألة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع وبرئ المحال عليه ضرورة كونه بالحوالة
قد برئت ذمته فيكون حينئذ اداؤه كاداء الاجنبي الذي قد علمت حكمه والله اعلم ويشترط في المال المحال به ان يكون معلوما في المتن على ما اعترف

اشتراط المعلومية

به غير واحد بل عن مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه بل في المحكي عن التحرير يجب ان يكون معلوما فلا تصح بالمجهول اجماعا بل في مفتاح الكرامة
لم نجد المخالف وانما ذكرت الصحة مع الجهل احتمالا في التذكرة ولكن ومجمع البرهان نعم لو لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة والغنية
وغيرهما ولعله وان امكن ان يكون ذلك لمعلوميته الا ان الانصاف عدم خلوه عن الاشكال ان لم يتم الاجماع المزبور خصوصا على ما يظهر من قواعد
الفاضل من اعتبار علم الثلاثة ضرورة عدم الدليل عليه الا دعوى الغرر الذي لم يثبت ما يقتضيه على الاطلاق حتى لو قلنا بان الحوالة اعتياض
فانه لم يثبت ما يقتضيه في مطلق المعاوضة اما على القول بانها استيفاء فقد قيل انه لا يمكن استيفاء المجهول ومنعه واضح خصوصا بعد ما عرفت
من صحة ضمان المجهول ويلزم بما تقوم به البينة فالاولى احالة ذلك على ما سمعته في الضمان خصوصا في الحوالة على البريء التي هي شبيهة به خصوصا
مع فرض امكان اندفاع الجهالة بعد ذلك بالرجوع الى دفتر ونحوه او كانت الجهالة في خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته على مائة مثلا وعدم نقصانه
عن عشرة على ان الحوالة به على جهالته تقتضي ثبوته في ذمة المحال عليه نحو ما كان في ذمة المحيل فيرجع معه الى الصلح ونحوه نعم يتم ذلك في الجهالة
بسبب الابهام كالحوالة باحد الدينين على حسب ما عرفته في الضمان فلاحظ وتأمل والله اعلم وكذا يعتبر فيه ان يكون ثابتا في الذمة اي ذمة المحيل

المثلي والقيمي

ولو متزلزلا فلا تصح الحوالة في غير الثابت فيها وان وجد سببه كمال الجعالة مثلا قبل العمل بناء على عدم ثبوته في الذمة قبله فضلا عما لم يوجد سببه
كالحوالة بما سيقترضه نحو ما سمعته في الضمان بل في بطلان الحوالة في المتزلزل جنبها بالفسخ بعد ذلك نظر وان وجب عليه دفع الثمن مثلا من
غير ذلك فلم تصح الحوالة بالثابت في الذمة سواء كان له مثل كالطعام او لا مثل له كالعبد لاطلاق الادلة وغيرها من غير فرق بين الجعالة والحوالة به
على مشغول الذمة بمثله وصفا وجنسا او على بريء خلافا للمحكي عن الشيخ في احد قوليه وابن حمزة فمنعا من الحوالة بالقيمي للجهالة وضعفه واضح بعد معلومية
صحة السلم وغيره فيه باعتبار انضباطه بالوصف مع فرض اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلا بماله في ذمة آخر كان يريد اثباته في ذمته على نحو ما كان

بمثله

في تساوي المالين

عليه بطرق الحوالة او الضمان لم يكن وجه للاشكال في صحته كما لا وجه للاشكال في صحة ذلك لو فرض كون الثابت في الذمة نفس القيمي بالاتلاف
ونحوه ضرورة كون الحوالة ح بالقيمة التي هي مثلية فلا يبرح كالجهالة التي ذكرها محل حتى مع فرض تعذره الموجب للرجوع الى القيمة كالمثلي بل لا
يبعد ان لم يكن اجماعا جواز الحوالة بالاعمال على البري او على مشغول الذمة بمثلها بناء على انها بحكم المال بدليل صحة وقوعها ثمنا
للمبيع وعوضا للخلع ومهرا في النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب او غيره وح فيصح احالة مشغول الذمة بقراءة قران او زيارة او صلوة
او صوم او غير ذلك على بري او على مشغول الذمة له بمثل ذلك وكذا يصح ضمانها لكن لم اجد مصرحا به كما انه لم اجد في نصوص الحوالة ما هو صريح
فيه او ظاهر بل هو غير متعارف وكيف كان فعن الشيخ في اول الباب [illegible] وابني حمزة وزهرة والقاضي انه يشترط في صحة الحوالة تساوي المالين
اي المحال به والمحال عليه جنسا ونوعا ووصفا بل لعله ظاهر النافع وغيره مما عرف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله
بل عن كره من مذاهب الفقهاء وجوب التساوي في الدينين اه للاصل بعد عدم اطلاق في نصوص الباب يوثق به في تناول المفروض
ولا سيرة كما شعبه ولا غيرهما بل مما يطمئن به واوفوا بالعقود قد ذكرنا غير مرة ان المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفة المذكورة في كتب
الفقهاء فلا دلالة فيها على صحة المشكوك فيه من افراد نوع منها بل بعد ان لم يكن في ادلته بالخصوص اطلاق صالح لشموله على ان في الحكم با
نقصان التسلط على المحال عليه بما لم يشتغل ذمته به اذ لا يجب عليه ان يدفع الا مثل ما عليه وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي
معاوضة مستقلة او بالوفاء بدفع الشخص للادلة الخاصة التي لا تشمل الحوالة قطعا وان كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض كما عرفته
سابقا ولعله الى ذلك يرجع الاستدلال على المط من بعضهم بان حقيقة الحوالة تحويل ما في الذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل
دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فان الحوالة ان كانت استيفاء كان
بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه فحقه الدراهم لا الدنانير وان كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد
بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زيادة قدر او وصف وانما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي
لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته بل يقرب كون المراد ان الثابت من شرعية الحوالة النقل المزبور والتبديل المذكور لا غيره
وح لا يقتضي غيره وان تراضيا الا ان تراضيهما على ما لم يجعله الشرع مقتضى عقد لا يكون مقتضيا لترتب ذلك عليه وان قصداه وتراضيا به ولكن
مع ذلك كله فالمحكي فيه تردد بل عن المط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والروضة
ومجمع البرهان والمفاتيح اختيار الجواز في ذلك لانه ان اشترطنا رضا المحال عليه وجوزنا الحوالة على البري فلا وجه للمنع اصلا لانه لو لم يكن
على المحال عليه ذلك الجنس فصح فاذا كان ورضي تعين الجواز بل يتعين القول به حتى اعتبرنا رضاه خاصة لان الحوالة ان كانت استيفاء
كما هو الظ فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي وان كان اعتياضا فكذلك لجواز المعاوضة على المختلف وليست معاوضة بيع حتى يعتبر فيها
التقابض حيث يعتبر فيه نعم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على البري ان الحق لم يتحول الى الدنانير وانما الزم المحال عليه للمحتال دنانير وبقيت
الدراهم في ذمته للمحيل فيعتبر في التقابض تراض جديد وهو حسن الا ان الاولى جوده لحصول التراضي سابقا الى تحول الحق الى ما في ذمة
المحيل وح فالتسلط الذي هو من لوازمه انتفى منعه بالتراضي ثم قال وقد تحرر من ذلك ان القائل بعدم صحة ذلك لا يتم له ذلك الا ان يقول
بعدم جواز الحوالة على البري والا صحت الحوالة هنا الا انها تكون كالحوالة على من لا دين عليه لانها تقع بالمثل اذ لا ينصرف من ذلك وان القائل
بعدم اعتبار رضى المحال عليه لا يتجه القول هنا بالصحة سواء تحول الحق الى جنس المحال به ام بقي كل واحد بحاله لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي
فان الاول استيفاء من غير الجنس او معاوضة عليه والثاني حوالة على البري وكلاهما مشروط بالرضا ثم لو قصد بالحوالة تحول حق المحتال الى ما في ذمة
المحال عليه اتجه القول بالجواز من دون رضا المحال عليه وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعا انتهى كلامه ونقلناه بطوله لانه
اقصى ما قيل في المسئلة ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه من عدم افادة التراضي بعد فرض عدم اقتضاء مشروعية الحوالة ذلك لعدم الدليل
وما ذكرناه انما هو انها عقد مستقل براسه وان ثبت له بعض احكام الاداء وبعض احكام المعاوضة الا ان ذلك لا يقتضي ترتب جميع احكامها كما هو واضح واما ما ذكره من

بناء المسألة على جواز الحوالة على البريء فهو خارج عن المقام قطعا ضرورة كون المراد الحوالة على نفس الحق المحال به لا الحوالة على من عليه الحق مع قطع النظر
عن ذلك ودعوى صيرورتها حوالة على بريء مع فرض قصد الجميع الحوالة على نفس الحق كما ترى وبهذا يظهر ان هذه المسألة التي ذكرها الاصحاب لتحقيقها وانما
وجه المسألة هو اثبات صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل وعدمه فبين جازم في الاول وجازم في الثاني ومتردد ولا ريب في ان مقتضى الاصول
العدم ولو للشك في ذلك لعدم الاطلاق الذي يوثق به فضلا عن غيره كما عرفته مفصلا والاحتياط في ذلك غير خفي ولو بان يطلب من المحال
الى صلح ما عليه الحق بعقد من العقود القابلة لذلك ثم يجب عليه اداء ذلك ولو احال على المحال عليه فقبل وادى ثم طالب بما اداه فادعى المحيل
انه كان له عليه مال وانكر المحال عليه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل البراءة ومع يمينه يرجع على المحيل بما اداه ورضاه بعقد الحوالة ليس اعترافا باشتغال
ذمته لما عرفت من صحتها على البريء بل في المسالك وعن جامع المقاصد ومجمع البرهان انه كذلك لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه
قال في الاول منها لتساقط اصل البراءة وصحة العقد بالتعارض فيبقى مع المحال عليه اداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه ولا يمنع وقوع
الاذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها لاتفاقهما على الاذن وانما اختلفا في امر آخر فاذا لم يثبت ما اختلفا
فيه بقي ما اتفقا عليه من الاذن في الوفاء المقتضي للرجوع على ان في زوال الاذن الضمني بزوال ما ثبت في ضمنه بحثا قد حققناه في
الشركة في الوكالة المعلقة على شرط ووجهه ان الحجة تقديم قول المحيل مع فرض اعتراف المحال عليه بالحوالة المحمولة على الصحيح القاطع لاصل
البراءة ولاقتضاء الرجوع بالاذن ضرورة كون الاعتراف مستلزما اعترافا بشغل الذمة اما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة
ولكن احاله عليه باذنه لاحقا او سابقا فعن التذكرة ذلك ايضا لورود اصل الصحة على اصل البراءة وانقطاعه به لكن قد يناقش
بعدم اقتضاء اصل الصحة شغل ذمة الغير الذي رضاه ليس من اركانها فهي حينئذ صحيحة في حق المحيل والمحال فلو ادعى احدهما بطلانها كان
القول قول مدعي الصحة منهما اما المحال عليه فهو خارج عن اركان عقدها اذ القبول الذي قام به العقد من المحتال لا منه فلا يقتضي
صحتها بينهما اشتغال ذمة الخارج وان قلنا باعتبار رضاه ضرورة فاصل البراءة سالم عن معارضة اصل الصحة الذي هو في حق
المتعاقدين فيبقى قاعدة احترام مال المسلم الذي لم يتبرع باداء بحالها ولو للاذن في ضمن الحوالة التي هي صحيحة في حق المحيل باطلة في حق
المحال عليه وليس ذلك من بقاء الاذن الضمني بعد زوال ما ثبت في ضمنه المفروض بطلانه حتى في الوكالة المعلقة على شرط كما
اوضحناه فيها ومما ذكرنا يظهر لك وجه النظر فيما ذكروه دليلا للمسألة والاولى تقريره بما قلناه ولعله اليه اومأ في جامع المقاصد في الرد على
دعوى تعارض اصلي البراءة والصحة بقوله وستسمع عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الاصل وعلى كل حال فقد يشعر قول المصنف وغيره
فقبل وادى كون الحوالة على البريء كالضمان في عدم استحقاق الرجوع الا بالاداء لما عرفته من شبهها بالضمان الذي يشبهه المفروض فلاحظ
والله اعلم وتصح الحوالة بمال الكتابة ولو المشروطة بعد حلول النجم لثبوته في ذمة المكاتب وهل يصح قبله قيل والقائل الشيخ على ما في المسالك
لا يصح لجواز تعجيزه نفسه فتنفسخ الكتابة وقد منعوا ذلك عليه كما تسمعه في باب الكتابة ان شاء الله مع تسليمه فاقصاه كون المال
في ذمة العبد متزلزلا كالثمن في مدة الخيار وذلك لا يمنع الحوالة كما لا يمنع ضمانه نعم لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابة ثبوت مال في ذمة العبد لعدم
ذمة اختيارية له وان وجب عليه اداء مال الكتابة الا انه تكليف لا دين اتجه عدم صحة الحوالة من غير فرق بين حلول النجم وسابقه
بل المحكي عن الشيخ عدم الفرق بينها ايضا نحو ما سمعته في الضمان ثم انه في ذلك بعد ان اختار جواز الحوالة به مطلقا قال فعلى هذا فلا يعتق العبد
بالحوالة لانها ليست في حكم الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها وان قلنا بكون الحوالة لازمة ثم فلو اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة
ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لان المال صار لازما للمحتال والبطلان طارئ ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة ولا يخفى عليك ما فيه
من التزام اولا وانكار كون التحويل بحكم الاداء ثانيا مع انه اعترف به فيما يأتي بانها تفيد ملك المال للمحتال مضافا الى اعترافه سابقا باقتضائها
براءة ذمة المحيل مما عليه وبراءة ذمة المحال عليه مما كان للمحيل عليه لانها استيفاء واعتياض وعلى كل حال فهي بحكم الاداء هنا وفي غيره بل
لعلها كالضمان الذي اعترف بكونه اداء سابقا او اولى بل اعترف ايضا بكونها كالاداء فيما لو احال العبد سيده كما ستسمع وعدم بطلان الحوالة على مال

المطالبة بعد الاداء

صحة الحوالة

الكتابة

١٣

الكتابة بعد فرض بطلان الكتابة ثم التأديه فالمتجه تجويزه لذلك وبطلان عتق السيد ولو باعه السيد سلعة فاحاله بثمنها جاز لان حكم المكاتب بالنسبة
الى ذلك حكم الاحرار من غير فرق بين سيده وبين غيره مثل ما لو حكى عن الشيخ مع منع جواز شرائه من سيده لجواز فسخ الكتابة الموجب على فرض صحة البيع
استحقاق السيد على عبده شيئا بخلاف الاجنبي بل في ذلك نسبه الى الشيخ وجماعة وان كنا لم نحققه بل في قواعد الفاضل انه الاقرب وهو كما ترى
ولو كان له اي المكاتب على اجنبي دين فاحال سيده عليه بنجم ماله من مال الكتابة الذي في ذمته صح لوجود المقتضي وارتفاع المانع ولانه
اي المديون يجب عليه تسليم ما عليه من الدين لصاحبه او لمن يحيله عليه به وكان ذلك اداء منه موجبا للتحرير كما اعترف به في ذلك
وغيرها سوى ان المحال عليه المال للسيد ولا بل لو افلس لم يتغير الحكم نعم لو كان ما احاله به دين متزلزل فنفي نفوذ التحرير ادمر اعانه
بعدم الفسخ اشكال والله اعلم واما احكامها فمسايل الاولى اذا قال لمن له عليه دين احلتك بالدين الذي لك علي على مالي عليه من دين
وعن ذلك مما هو صريح في الحوالة فلا اشكال في تقديم قول مدعيها اما لو قال احلتك عليه ونحوه مما هو ليس صريحا فيها فقبض فقال المحيل
قصدت الوكالة وقال المحتال انما احلتني بما عليك فعن المص ان القول قول المحيل لانه اعرف بما قصد بلفظه اذ لا يعلم الا من قبله فينا
الى اصالة بقاء المال ملكا للمحيل وبقاء حق المحال في ذمته وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك كتعارف اسم التحويل على التوكيل الذي لا دين له خصوصا
اذا كان المراد الاذن في القبض له لا للموكل ولكن مع ذلك فيه تردد من ذلك ومن ان الاصل ارادة الحقيقة التي هي الحوالة بالمعنى المتعارف
بخلاف الوكالة وان صح عقدها به لكن بالقرينة ولو سلم بل في جامع المقاصد ومحكي التحرير ترجيح قول المحتال الا انه الموافق للاصل المزبور الذي يجب
حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة والا لزم الاغراء بالجهل بل لو قدح احتمال التجوز لقدح في جميع الابواب من بيع او صلح او اقرار او نكاح وغيرها
فيكون ح قول المحيل مخالفا للاصل فكلف البينة واما الاصلان المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ذلك بل لو سلم تعارض الاصول
كان مقتضى البدء كما فيا في ذلك لان الغرض انه قبض وفي المسالك هذا الترجيح حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لان الوكالة
لما كانت تحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن وطريق الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل ارادة تحويل المال من ذمته
الى ذمته يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحال فقابلها تسليط المحال عليه او نقول ان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على
التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق ثم قال وكون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف اظهر لا شبهة فيه
لكنه لا يدل على مجازية الاخر لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد احد معانيه بقرينة والا فيرجح الامر الى انه هل هو من باب الحقيقة
او المجاز او من باب المشترك الذي دلت القراين على ارادة احد معنييه ويظهر الفائدة في كون الاخر حقيقة او مجازا وبواسطة ذلك
يختلف الحكم وحينئذ استشعر بان التبادر علامة الحقيقة وعدمه علامة المجاز ولا ريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحوالة بخلاف
الوكالة المحتاجة الى القراين واجاب بان هذه العلامة لا تتم في المشترك الذي يتبادر الى الذهن احد معنييه مع القرينة مع انه
حقيقة في الفرد الاخر ايضا ثم استشعر بان الحوالة في الفرد المتعارف حقيقة شرعية وفي الوكالة حقيقة لغوية وعند التعارض تقدم
الاولى خصوصا مع عضادها بالعرف المقدم على اللغة ايضا ثم اجاب بالمنافي الوكالة ايضا حقيقة شرعية وان وافقها اللغة ومن ترجيح الشرعي
والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الاخر عن الحقيقة ثم استشعر بان من المعلوم اولوية المجاز
من الاشتراك عند التعارض واجاب بمنع ذلك اولا بل قد قال جمع من المحققين باولوية الاشتراك وبتسليمه ثانيا ولكن انما لم يثبت وقد
اثبتناه ثم قال ما حاصله انه وان كان الظ من معنيي المشترك في المقام المعنى المتعارف الا انه يرجع الامر الى تعارض الاصل الذي هو بقاء المحيل
والمحال والظ فان قدمنا الاول كما هو الراجح في استعمالهم فالقول قول المحيل كما اختاره المص وجماعة وان قدمنا الظ فالقول قول المحتال الى غير
ذلك مما اطنب فيه وهو كما ترى بل ما كنا نؤثر وقوع ذلك منه ضرورة انه لم يذكر دليلا صالحا للاشتراك فان وقوع الوكالة بكل لفظ يدل على
الاذن حقيقة وان الحوالة لا تقتضي ذلك كما ان دلالتها على الاذن للمحتال بطريق الحوالة كذلك ايضا للقطع بكونها اسما للعقد المخصوص ومن هنا لا يحتاج
انشاؤه بها الى قرينة تدل على ذلك واغرب من ذلك انكاره التبادر علامة للحقيقة محتجا عليه بما عرفت مع ان من المعلوم ارادة التبادر من

الكلام في الاحكام

الكلام في الاختلاف

حينئذ اطلاق اللفظ لا مع القرائن ولا ريب في ان المشترك مع عدم القرينة يتبادر جميع معانيه وهو علامة كونه حقيقة فيها ويتبادر بعضها خاصة بالقرينة لا ينافي ذلك واغرب منه جميع ما ذكره من الحقيقة الشرعية والعرفية والعرفية واغرب منه قوله بتعارض الاصل والظاهر ان المقام ظاهر اللفظ لا يعارضه الاصل وبالجملة هو ره وان اطنب في ذلك لكن بما لا ينبغي صدوره منه والتحقيق ما عرفت هذا كله مع القبض اما لو لم يقبض ثم اختلفا فقال وكلتك فقال بل احلتني ففي المتن ان القول قول المحيل قطعا كما في غيره لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ضرورة ان العقد عقد الحوالة من العقود اللازمة المقتضية تملك المحتال المال المحال به وانتقال المحيل عنه على وجه لو اراد ابداله لم يكن له لعين دينه ملك المحال على وجه اللزوم ومع ذلك تتفاوت الحال بين القبض وعدمه لا بما استيفاء يترتب عليه الملك وان لم يحصل القبض الا انه لا يمكن ظهور قطع النظر هنا وتردده في الصورة السابقة في ان منشأ ذلك القبض وعدمه وكان الوجه فيه ما اومأنا اليه من تحقق ضابط المنكر في صورة القبض وهو ما لو ترك لترك وكونه صاحب يد في ذلك مع موافقة قول المحيل للاصول السابقة حصل التردد بخلاف صورة عدم القبض فانه لا يد له ولا الضابط المزبور فانحصر ضابط الانكار في المحيل وهو جيد ان لم يكن قد ظهر بما جرى بينهما من لفظ احلتك في الحوالة ولو للتعارف في اطلاق عقد للسبق انشاء عقد الوكالة كان من المتعارف اطلاق التحويل على الوكالة ممن لم يكن له دين على من عليه خصوصا اذا كان المراد تحصيل ذلك له للموكل وان كان الارجح مع فرض عدم ظهور اللفظ تقديم قول المحيل الموافق للاصول ومن هنا توقف قد يتوقف في الحكم على المحيل بشغل الذمة للمحتال لو فرض كون النزاع بينهما في ذلك مع اتفاقهما على صدور اللفظ المزبور بينهما واليد وضابط المنكر انما يجدي مع عدم استناده الى التحويل المخالف للاصل كما هو المفروض نعم لو ان ابراز الدعوى بان يقول المحيل وكلتك والاخر يقول في جوابه لا حق لك عندي اتجه تقديم قوله عليه كما هو واضح ومن هنا يظهر لك ان القول قول المحيل على كل حال بعد فرض كون جواب المحتال انك احلتني وفرض عدم ظهور ما اتفقا عليه من جريان لفظ احلتك بينهما في الحوالة والا كان القول قول المحتال لتقديم الظاهر القاطع للاصول قبل ذلك ولو انعكس الفرض بان قال المحتال وكلتني وقال المحيل حولتك بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما فالقول قول المحتال عند المصنف ان كان قابضا او لم يكن قابضا لموافقته للاصول لكن قد عرفت ان الارجح كون القول قول المحيل ترجيحا لموافقته لظاهر اللفظ القاطع للاصول الذي هو اصل ايضا على ذلك نعم لو لم يكن ثم لفظ قد جرى بينهما وادعى احدهما الوكالة والاخر الحوالة كان القول قول من نفى الحوالة ثم لا يخفى عليك انه ان قدمنا قول المحتال في المسألة الاولى فان كان قد قبض برئت ذمة المحيل منه مقدار ذلك لاخذه بزعمه منه قهرا اقتصاصه قهرا وكذا برئت ذمة المحيل المحال عليه ان كانت مشغولة لثبوت الحوالة ظاهرا وان كان لم يقبض فله المطالبة ولكن هذا كله اذا حلف وان نكل حلف المديون وبطلت الحوالة وان قدمنا قول المحيل ولم يكن قد قبض المحتال بطلت وكالته بانكاره بناء على اقتضاء ذلك بطلانها وحوالته على المديون وهل له ان يطالب المديون بحقه لبقائه بزعم المديون في ذمته او لا لزعمه ان لا حق له على المديون بالحوالة وان حقه على المحال عليه وجهان وان كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل ولكن الظاهر ان له مطالبة المحيل هنا ان كان وكيلا بحقه باق على المديون وان كان وان كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما فله الرجوع عليه وبذلك افترقت هذه الصورة عن صورة ما لم يقبض ولو كان المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط او تعد ضمنه للمحيل ولكن يرجع عليه لما عرفت وان كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان ينشآن من انه وان كان وكيلا ظاهرا الا انه قبض المال لنفسه باعترافه وهو جناية يضمن بها ومن انه امانة وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال اذا لم يفرط وللمحتال المطالبة بماله ومع ذلك فليس له مطالبة المحيل بحقه ظاهرا وان كان يزعمه بقائه لاعترافه باستيفاء حقه كما هو واضح واما ان قدمنا قول المحال في المسألة الثانية وحلف فان لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه بناء على انعزاله عن الوكالة بذلك وله مطالبة المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه بعد ادائه للمحتال وجهان من اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلا فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم المحيل باخذ المال منه وما على المحال عليه حقه فللمحيل ان ياخذه عوضا عما ظلم به وان كان قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه ان كانت مشغولة على كل حال ثم ان كان المقبوض باقيا رده عليه وطالب بحقه وكان للمحيل اخذه مقاصة وفي ذلك ففي جواز تملكه له وجهان او وجوب رده على المحيل وجهان ماخذهما انه حبس حقه وصاحبه بزعمه انه ملكه واعترافه بانه ملك المحيل وانه المجبر في جهة الاداء والاول اجود وينبغي ان المتجه تلك

الا ما ذكرناه كما هو واضح وان كان ما لفا بتفريط او تعدّ فله المطالبة ابتحقه وان ضمنه المحيل باعترافه بل لو اخذه منه مقاصة بعد فيخ حقه اليه
وان لم يكن بتفريط بضمنه له وكان له المطالبة بحقه لكن في تلك صمانه وجهان ماخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا بيده بدلا ما فيه وانه لا يلزم من
تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان لان بينة كانت على نفي ما يدعيه المحيل الا على اثبات ما يدعيه ووجه
ان عدم ضمانه لاتفاقهما على عدم كون يده يد عدوان والاصل البراءة وان قدمنا قول مدعي الحوالة حلف وبرئ من دين المحتال وفي ذلك وكان
للمحتال مطالبة المحتال عليه اما بالحوالة او بالوكالة وعلى ما باخذه اما قصاصا على زعمه او لانه عين حقه كما اقتضاه لفظ ووجه انه
لا يجديه لفظ بعد اعترافه بكونه غير حقه نعم بناء على استحقاقه له باعتبار اخذ المحيل ما في ذمته عوضا عن ذلك يتوجه له المطالبة بها كما تقدم
نظيره في المسئلة السابقة بل يأتي الكلام في المباحث الاتية والاقاد والقبض لعزله عن الوكالة بانكارها المسئلة الثانية قال الشيخ
في لفظ اذا كان له على اثنين الف درهم وكل منهما كفيل ضامن لصاحبه عن صاحبه فطالب احدهما بالالف فاحاله بها على اخر برئ المحيل والمحال عليه ضمانا
من الالف لان الحوالة بمنزلة البيع المقبوض واذا قضى دينه برئ ضامنه واذا قضى ما ضمنه برئ من عليه الدين وهو المضمون عنه فيجب ان
يبرئ صاحبه من ضمانه التي عليه لانه قضاها فيبرئ من ضمانة الضمان لانه قضاها عن المضمون عنه ويرجع عليه بخمسمائة الضمان
ان ضمن باذنه والا فلا ولو كان له على رجلين الف ولرجل عليه الف فاحاله بها على الرجلين وقبل الحوالة كان جائزا فان كان كل واحد
منهما ضامنا عن صاحبه فاحاله عليهما لم تصح الحوالة لانه يستفيد بها مطالبة الاثنين كل واحد منهما بالالف وهذا زيادة في حق المطالبة
بالحوالة وذلك لا يجوز ثم قال وقيل يجوز له ان يطالب كل واحد منهما بالالف فاذا اخذه برئ الاخر وهذا اقرب واورد عليه في المختلف
بان الضمان عندنا ناقل فاذا ضمن كل واحد منهما نصف الالف عن صاحبه فلا يخ المضمون له اما ان يرضى بضمانهما معا او بضمان احدهما خاصة
او لا يرضى بشيء منهما فان رضي بهما معا او لم يرض بشيء منهما لم يكن له مطالبة كل واحد منهما باكثر من النصف اما على تقدير عدم الرضا فظ واما
على تقديره فلانتقال ما في ذمة كل منهما الى الاخر فيبقى كما لو لم يكن ضمان وليس له على تقدير الرضا مطالبة كل واحد منهما بالالف لان الضمان
عندنا ناقل وانما يتاتى المطالبة على قول المخالفين لان الضمان عندهم غير ناقل واما اذا رضي بضمان احدهما خاصة فانه يطالبه بالالف
خاصة وليس له على الاخر سبيل قلت يمكن حمل كلام الشيخ على ارادة الكفالة من الضمان ولعله الى ذلك اشار والمص بقوله اذا كان له دين على اثنين
وكل منهما كفيل لصاحبه وعليه لاخر مثل ذلك فاحاله عليهما صح وان حصل الرفق في المطالبة على معنى انتقال حق الكفالة بالحوالة ولا
يقدح انتقاله حقا لم يكن في الدين الذي على المحيل الا طلاق ادلتها او ح للمحتال المطالبة بحق الكفالة الذي قد يؤول بتعذر المكفول مثلا
الى المطالبة بالدين كما ستعرف انتهى ومن الغريب ما في المسالك فانه بعد ان ذكر نحو ما سمعته من المختلف مقدمة للمسئلة قال فالشيخ ذكر هذه المسئلة
في المبسوط وحكم فيها بعدم الصحة معللا بزيادة الارتفاق وهذا لا يتم الا على القول ان الضمان بمعنى الضم كما قد بيناه او على تقدير النقل لم يستفد
زيادة ارتفاق بل ينبغي الحكم كما كان ومع ذلك فهو موضع نظر لان هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية والمعروف من مذهبنا هو النقل فالبحث كله
ساقط والمص وافق الشيخ على تصوير المسئلة التي لا تتم الا على القول بالضم وهو لا يقول به وخالفه في الحكم وحكم بالصحة فيها على ان الرفق
المذكور غير مانع بقوله وان حصل الرفق في المطالبة والظاهر ان المص لم يذكر المسئلة الا على وجه التفريع والتنبيه على ان ما حكم به الشيخ لا يتم
وان بني على ذلك الاصل نظرا الى ان زيادة الرفق لا تمنع كما لو احال على من هو اكثر ملاءة واما ذكر الشيخ لها فيشعر بذهابه الى كون الضمان ضم اذ لا يتم
الا عليه والمص قد لوح في المسئلة بالخلاف في موضعين احدهما قوله على قول مشهور لنا والاخر على القول بانتقال المال كما نبهنا عليه
في الموضعين اذ هو كما ترى لا ينبغي صدوره منه فان حمل كلام المص على ما ذكر مع عدم اشعار في شيء من كلامه بذلك اشبه شيء بالمعمى بل
اعظم كما ان حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهبا له وان المص اشار الى ذلك عما سمعت من الذي ينبغي الاستغنا منه على ان المذكور في كلام
المص لفظ الكفالة التي لا داعي الى ارادة الضمان منها خصوصا بعد ما اوما الى وجه المنع بان الحوالة لم يثبت من الشرع مقتضيها الا نقل المال
الى المحتال لا غير فيترتب تعدد المطالبة لانتقال حق الكفالة بها مع انه لم ينتقل الا الدين الخالي عن ذلك مما يمكن التشكيك به بل منعه ضرورة مساواته

الثالثة

الدين على اثنين

للمنع من تغيير جنس الدين ووصفه بها كما سمعته سابقاً في اشتراط التساوي بل لعل المقام اولى باعتبار ان الكفالة قد كانت من حيث كون الاول
صاحب الدين والغرض حصول الوفاء له بالحوالة فترتفع الكفالة لانها تنتقل الحاجز وكذا لو كان عليه رهن ولعله لذا جزم في عد ومحكي التذكرة
والحواشي وجامع المقاصد بعدم انتقال حق الكفالة لو انتقل الحق عن المشتري ببيع او احالة او غيرهما بخلاف الارث وان كان هو لا يخ من نظر خصوصاً
مع التصريح بذلك ورضى الكفيل ولعل ذلك كاف في تصوير المسألة المتن وان كان الاصح خلافه لان ذلك من توابع الدين الذي نقل بالحوالة
بالامن اثارها ومقتضياتها بل لعل الرهان كذلك اذ هو كالاصل وغيره والله اعلم المسألة الثالثة اذا احال المشتري البايع مثلا بالثمن كله او بعضه
ثم رد المبيع بالعيب السابق او اللاحق في الثلاثة مثلا او بالاقالة او غير ذلك مما يقتضي الفسخ من حينه بطلت الحوالة عند الشيخ في المحكي عن مبسوطه
قيل واليه يرجع ما في الايضاح وجامع المقاصد وعن مجمع البرهان انه الاولى قوي لانها تبع البيع في ذلك وفي عد بطلت لان قلنا انها استيفاء
فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض
لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب ولعله للتردد في ذلك قال المص وفيه تردد كما عن الارشاد
بل وقيل وكذا التحرير والتذكرة وغاية المراد وغيرها حيث لا ترجيح فيها لكن قد يقال ان اصالة اللزوم في عقدها واستصحابه يقتضي عدم البطلان
وهي من توابع البيع بمعنى انها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو احد اركانه لا من توابعه في البطلان اذ هي عقد مستقل برأسه وان قلنا انها
استيفاء لكنه بعقد لازم فلا ينفسخ بانفساخ العقد بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه من حيث انه ليس عقدا مبنيا على اللزوم بل هو من توابع
التملك بالبيع المفروض انفساخه فيتبعه بخلاف المفروض الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع وهو الحوالة فلا وجه لانفساخها
بانفساخه بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة ح بل الاولى في ذلك بين قبض المحتال ما احيل به وعدمه وان جعل النظر
والاشكال في محكي التحرير فيما اذا رد قبل القبض ثم قال للمشتري الرجوع على البايع خاصة بل لو كان قابضا لا يتعين له المقبوض بل القط
ان للمشتري الرجوع على البايع وان لم يقبض لانها بحكم الوفاء بالنسبة الى ذلك وان استشكل فيه الفاضل في عد من ان الحوالة كالقبض ولهذا
لا يحبس البايع بعدها السلعة ومن ان الغرض بعد لم يقبض ولم يحصل حقيقته قال فيها ايضا فان منعنا الرجوع فهل له مطالبته بتحصيل الحوالة له
اشكال من توقف مطالبته بحقه على ذلك ومن ان المال مال غيره والناس مسلطون على اموالهم وهذا حاصل ما اطنبوا في وجهه
ولكن مقتضى احد طرفي الاشكال الاول والثاني تعطيل حق المشتري اذ فرض توقف رجوعه على القبض الذي للبايع تأخيره وعدم المطالبة
به لتسلط الناس على حقوقها ومن ذلك يعلم ان المتجه ثبوت الرجوع له وان لم يقبض لانها اي الحوالة بحكم الاداء بالنسبة الى ذلك وليس له
مطالبة المحال عليه لعدم الحوالة هذا كله على تقدير الصحة وعلى تقدير البطلان فان لم يكن اي البايع قبض المال فهو باق في ذمته اي
المحال عليه للمشتري لان الغرض انفساخ البيع وانفساخها وليس للبايع بعد قبضه فلو قبل الرفع عن المشتري لبطلان الاذن له في ذلك لبطلان
الحوالة وان احتمل بقاء الاذن الضمني وان بطلت كالوكالة والشركة ولكن مع كون الحكم في المقيس عليه ممنوع كما تعرف في محله قياس مع الفارق
وان كان قد قبضه فقد برئ المحال عليه للدفع بالاذن ويستعيده المشتري ح من البايع فليس له رده على المحال عليه بلا خلاف اجده بين من
تعرض له لكن قد يناقش بان مقتضى بطلان الحوالة عود المال الى صاحبه فلا يتوجه للمشتري ح المطالبة به للبايع هذا كله في احالة المشتري
للبايع بالثمن اما لو احال البايع اجنبيا له عليه دين بالثمن على المشتري ثم فسخ بالعيب السابق او بامر حادث بعده يقتضي الفسخ من حينه لم تبطل
الحوالة بلا خلاف بل عن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه لانها تعلقت بغير المتبايعين والاصل فيها اللزوم وح فهو كما لو اشترى بالثمن ثوبا فان
فسخ البيع لا يقتضي استحقاق الثوب ولا فسخ عقد شرائه بل له مثل ثمنه او قيمته ولو ثبت بطلان البيع من اصله لا من حينه بطلت الحوالة في
الموضعين لظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه وان قلنا بجواز الحوالة على البري فان الغرض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في
ذمته فهي حوالة على ما في ذمته لا عليه كما هو واضح فالمال المقبوض ح باق على ملك المشتري وله الرجوع به مع تلفه على المحتال وعلى البايع
والله اعلم القسم الثالث في الكفالة بالفتح ولا ريب في انها من العقود الصحيحة بل في محكي التذكرة انها كذلك عند عامة اهل العلم ولكنها مكروهة

الثالثة احالة المشتري

القسم الثالث الكفالة

بها

بما هلك القرون الاولى وهي خسارة وغرامة وندامة والمعروف في تعريفها انها عقد شرع للتعهد بالنفس والبحث في انها نفس العقد او اثره
وفي خصوص الالفاظ والمعاطاة فيها على نحو ما تقدم في البيع وغيره وكذا اعتبار المقارنة بين ايجابها وقبولها والعربية ونحوهما مما يعتبر
في العقود اللازمة لكن في محكي التحرير زيادة غالبا ولعله لصحة كفالة الاعيان المضمونة عنده او الاعيان التي يراد الشهادة على عينها كذلك
كما صرح به بعضهم فيجوز كفالة الدابة والكتاب ونحوهما للشهادة على اعيانها بل ربما احتمل ذلك في عبارة القواعد الاتية ولكن لا يخفى من نظر
او وضوح ضرورة الشك في تناول الادلة لمثله والاصل عدم ترتب الاثار بل الظاهر اختصاص النفس بالاولى لا الدابة ونحوها وفي محكي التذكرة
الضابط في ذلك ان نقول لحاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول ببدنه فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء يستحق احضاره
تجب الكفالة ببدنه ونحوه عن المطالب وظاهرها اختصاص موردها بما ذكرناه ولكن في عد تصحيح حالة ومرجله على كل من يجب عليه الحضور
مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها او كفيل يدعي عليه الكفالة او صبي او مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف
وبدن المحبوس لامكان تسليمه بامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس او عبد آبق او من عليه حق لادمي من مال او عقوبة من قصاص الى ان
قال ولا يصح على حد الله نعم والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام ودعاوى الاعيان المغصوبة فان رد من هي
وان تلفت ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم لكون المكفول دون الوديعة والامانة وتصح كفالة من ادعي عليه وان لم يقم البينة
بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور والكفالة ببدن الميت اذ قد يستحق احضاره للشهادة على صورته ولكن لا يخفى عليك النظر في جملة من
ذلك وعن فخر الاسلام الكفالة في مذهبنا انما تصح بشرط ان يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي والحق اعم من ان يكون عينا او دينا وقيل
كل من يستحق احضاره الى مجلس الشرع فانه تصح كفالته قلت فعلى الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الاول وعلى كل حال فالمتيقن
من مورد الكفالة التعهد باحضار النفس المستحق عليها ذلك بحسب حق ولو دعوى للمكفول له عليها نعم لا تصح في الحدود للاجماع المحكي عن التذكرة
على ذلك والنبوي المروي من طرق الخاصة والعامة لا كفالة في حد وربما تسمع لبعض المسائل المزبورة في المباحث الاتية نعم
انشاء وتتم عقدها بالايجاب من الكفيل والقبول من المكفول له ومن هنا لم يكن اشكال بل ولا خلاف في انه يعتبر رضاهما اي الكفيل والمكفول له
بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى معلومية عدم الالتزام بحق من دون الرضا الطرفين دون المكفول الذي هو بمنزلة المضمون عنه با
لنسبة الى ذلك عند المشهور بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا العموم ادخوا بعد تناول اطلاق الكفالة لذلك ولان غاية الكفالة هي احضار
المكفول حيث يطلب ومن المعلوم انه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل الذي لا يشترط في
وكالته رضى الموكل عليه وقد بنا فيه غير مرة والاطلاق الكفالة المحتمل اعتبار رضى المكفول عنه في تحقق مسماها كرضى المكفول له وما
في المسالك وغيرها من انه على تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الاخرين بل يكفي كيف اتفق نحو ما سمعته في المحال عليه مجرد دعوى لا
دليل عليها ولا استبعاد في دعوى تركب عقدها من قبول الاثنين مع الايجاب من الكفيل لا اقل من الشك في تناول الاطلاق
فلا يندرج في اوفوا والاصل عدم ترتب اثر الكفالة ولعله لذا كان المحكي عن الشيخ والقاضي وابن حمزة وادريس اعتبار رضاه بل عن الفاضل حتمل
في التحرير انه قواه لا ما قيل من الاستدلال له بانه اذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا تصح كفالته لانها كفالة
بغير المقدور وهذا بخلاف الضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور اذ هو كما ترى مصادرة
محضة مع انه رده في المسالك وغيرها بان مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب عليه
الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا وفائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لا يقصر عن
توكيله وان لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه وان كان برضاه وان كان قد بنا فيه غير مرة وزيادة حسن في الكفالة على الوكالة التي هي غير
لازمة والكفالة اذ الظاهر انه متى تعلق حق الكفالة كان له احضاره لارادة البراءة من عهدة فيه من دون طلب المكفول له كما عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد
وابن المتوج الجزم به بل عن الكركي انه قطعي وكان الذي دفعه في ذلك ما في عد يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان

رضا الكفيل والمكفول له

متبرعا والا كان الاول مع ان المراد منهما على الظ وجوب الحضور مع الكفيل وان لم يطلبه المكفول له منه اذا كانت الكفالة بالاذن نعم لو كانت تبرعا
لم يجب عليه الحضور الا مع طلبه منه فهو موافق لما قلناه في القسم الاول واما الثاني فقد يناقش بانه متى صحت الكفالة تبرعا لحقه حكمها وهو وجوب
الحضور مع الكفيل لو طلبه ولعله لان بعد تكفله يقتضي تسلطه عليه بالاحضار وان ذلك من احكامها شرعا الا ان التكليف بالاحضار يقتضي
تكليف الاخر بالحضور بل ربما يدعى ظهور ادلة الكفالة في ذلك فلاحظ وتامل واذا تقرر هذا اتضح وجه المسئلة ثم في ان رضى المكفول
شرط ينبغي مع الشك فيه بالاطلاق او اندراجه كان العقد على وجه لا تتحقق الكفالة بدونه ولا اقل من الشك والاصل عدم ترتب الاثر ولعل
الثاني لا يخ من قوة ولا ينافيه عدم اعتبار رضى المحال عليه لو قلنا به ولا عدم اعتبار رضى المضمون لامكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول
الذمة بدون رضاه على وجه لا اشكال في صدق اسم الحوالة عليها عرفا وبمعلومية جواز التبرع بالوفاء عن المديون وليس المقام من الثاني
قطعا كما لا تعارف في كفالة الغائب على وجه تندرج في الكفالة بحيث تدخل في اطلاقها فتامل جيدا وكيف كان فتصح حالة ومؤجلة
على الاظهر بل لا خلاف في الثاني بل في الروضة انه موضع وفاق على معنى الكفالة الى شهر فيلزمه احضاره بعد الشهر نحو الاجل في الدين
وغيره اما لو قال كفلته شهرا اعني المتعهد به في ضمن الشهر فعن التحرير صحتها وسماها الموقتة ولعله لاطلاق الادلة وعلى المشهور
في الاول بل عن السرائر انه مذهب المحصلين خلافا للمحكي عن ظ الشيخين في المقنعة والنهاية وابن حمزة وسلار وعن القاضي في احد قوليه بل عن
الابي في كشف الرموز الجزم به لكن لم نعرف لهم دليلا نخرج به عن اطلاق الادلة المقتضي عدم الاشتراط كما قدمنا نظيره في الضمان بل قد تقدم
عن ابن ادريس تاويل كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به كل ذلك لضعف القول به ودعوى ان الكفالة لا بد لها من فائدة فلو شرعت حالة كانت
خالية عن الفائدة اذ للمكفول له ان يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير حاجة الى تربص وذلك يكون عبثا لا حاصل لها
ومع الاطلاق تكون صحيحة معجلة واذا اشترط الاجل فلا بد ان يكون معلوما على وجه لا يختلف زيادة ونقصا بلا خلاف نجده فيه بيننا
بل لعل الاجماع بقسميه عليه في المسالك وغيره من العقود اللازمة حتى التي يتسامح فيها للغرر كالصلح ونحوه وهو الحجة مضافا الى قاعدة الغرر
بناء على عمومها لمثل المقام والا كان الاول الحجة فما عن بعض العامة من جواز الجهالة في الاجل هنا قياسا على العارية واضح الفساد بعد بطلان
القياس عندنا مع الفارق بالجواز فيها واللزوم هنا وكيف كان فلا اشكال ولا خلاف في ان للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عاجلا
اذا كانت الكفالة مطلقة او معجلة وبعد الاجل ان كانت مؤجلة فان سلمه تسليما تاما بحيث يتمكن المستحق منه فقد برئ مما عليه من حق
الكفالة وان لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم او لا على الاصح بل الظ عدم اعتبار الاشهاد في ذلك الا لارادة الاثبات لو انكر وان كان قد يتوهم
ذلك من لك وغيرها لكن لا دليل عليه وان امتنع الكفيل عن ذلك كان له حبسه عند الحاكم بل وعقوبته عليه حتى يحضره او يؤدي
ما عليه كما في النهاية والسرائر والنافع والتحرير والارشاد واللمعة والروضة قال الصادق ع في خبر عمار اتي امير المؤمنين ع برجل قد تكفل بنفس
رجل فحبسه وقال اطلب صاحبك وفي خبر الاصبغ بن نباتة قضى امير المؤمنين ع في رجل تكفل بنفس رجل ان يحبس وقال له اطلب صاحبك وفي خبر اسحق بن
عمار عن جعفر عن ابيه ع ان عليا ع اتي برجل كفل برجل بعينه فاخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى يأتي بصاحبه وفي خبر عامر بن مروان عن
جعفر ع عن ابيه عن علي ع انه اتي برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه فقال اطلب الا انها كما ترى ليس في شيء منها التخيير بين الاحضار والاداء كما هو ظ
الجماعة المقتضي وجوب القبول على المستحق مع بذله بل الاول خاصة ومن هنا كان المحكي عن التذكرة وغيرها وجوب القبول على المكفول له اذا بذل الكفيل
له الحق لعدم انحصار الحق فيه اذ قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء او بالاداء من الغريم لا من غيره فله الزامه بالاحضار خصوصا مما لا بدل له كحق
الدعوى او في ذي البدل الاضطراري كالدية عوض القتل ومهر المثل عوض الزوجة واشباه ذلك والرواية ولكن قد يناقش اولا بان مبنى
الكفالة عرفا على ذلك بل هو المفهم بين المتعاقدين بها وثانيا بظهور قول الصادق ع في مرسل الصدوق الكفالة خسارة غرامة ندامة
كقوله في خبر داود الرقي مكتوب في التورية كفالة غرامة ندامة في انحصارها في ذلك بل قد يشعر بذلك في الجملة حكم من اطلق غريما او القاتل
عمدا لكن يناقش في ذلك كله بما تسمعه من تفسير خبري القاتل والامين وثانيا ان الظ اندراج التبرع بما في الحق في الوفاء الذي يجب بقولهم على

الحالة والمؤجلة

مطالبة الكفيل

صاحبك

الغريم

المحق

المستحق وان كان من غير من عليه الحق ودعوى اعتبار تشخص المديون ذلك وفاء مقتضى عدم احتسابه وفاء حتى مع الرضا من المديون وهو مخالف للمقطوع
به كدعوى اختصاص ذلك في حال التراضي الحق لا مدرك لها بالخصوص بل ليست الا لصدق وفاء الحق ووجوب قبول ذلك من باذله من غير فرق
بين المديون وغيره ومع فرض التبرع بالوفاء المقتضي سقوط الحق الذي تسقط الكفالة بسقوطه وان لم نقل ان ذلك من مقتضياتها نعم انما يتم ذلك في الدين
ونحوه اما فيما لا بدل له او له بدل اضطراري فلا يجب عليه القبول اللهم الا ان يقال في مقام حصول الضرر بالتخليد بالحبس ونحوه ينتقل الى الحاكم الذي له
او الى ما يقتضي ارتفاع مثل هذا الضرر به كما عساه يومي اليه نحو ما سمعته في الطلاق القائل وعلى كل حال فما ذكره المص والجماعة لا بأس من
نحوه ثم ان الكفيل يرجع على المكفول بما اداه اذا كان الاداء عنه باذنه وان كانت الكفالة بغير اذنه بناء على مشروعيتها والفرق بينها وبين
الضمان بغير اذنه مع كون الاداء باذنه ان الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن من
عليه فله الرجوع بخلاف الضمان المقتضي انتقال المال الى ذمة الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الاذن في الاداء لانه كاذن الاجنبي للمديون في اداء
دينه الا ان يراد منها الوكالة في الاداء عنه فان كان الدين على المؤدي للمأذون ولا يرجع عليه مع عدم الاذن في الاداء وان كان
كفل باذنه اذا امكن مراجعته واحضاره للمكفول له ضرورة كونه متبرعا بالوفاء كعدم اقتضاء الكفالة الاذن في ذلك على الحال المفروض
نعم اذا ادى مع فرض تعذر الاحضار فيتجه له الرجوع وان لم يأذن له في الاداء لان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها
وفيه اذن سيأتي لما سمعته منه ومن غيره سابقا من انها لا تقتضي الا الاحضار ولذا لا يجب على المكفول له القبول اذا بذل الكفيل
ومع فرض ان ذلك من لوازمها يجب عليه القبول ضرورة كونه كالوكيل عن المديون في ذلك نعم قد يكون له الرجوع مما ذكرناه من قاعدة
لا ضرر ولا ضرار من حيث لزوم التخليد في الحبس ونحوه المفروض كون المكفول سببا له بالاذن في الكفالة بل لعل قاعدة احترام مال
المسلم تقتضي به ايضا لعدم صدق التبرع عليه بذلك او لغير ذلك مما لا يقتضي كونه من لوازم الكفالة ان لم نقل ان من مقتضياتها دفع المال
عن المكفول ولو في حال تعذر الاحضار والا اتجه له الرجوع كما ذكره فتأمل جيدا والله اعلم ولو قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزمه الا الاحضار
دون المال ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من المال كما في عد ومحكي الارشاد ولكن يمكن ان يكون المراد ان لم يحضره
كما في النافع ومحكي النهاية والسرائر والتحرير والتذكرة وحواشي عد واللمعة والمهذب البارع وكشف الرموز والتنقيح بل هو ظاهر المحكي عن
القاضي وابن حمزة بل في الايضاح والمحكي عن الايضاح النافع نسبة ذلك الى الاصحاب بل في المهذب في شرح عبارة النافع ان المسألة
اجماعية وفي جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد هذا مروي من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفيه ايضا ومحكي الحواشي وغاية
المرام ان الفارق بين المسألتين الاجماع والنص ولكن مع ذلك كله نظر فيه في المسالك بعد ان حكاه عن ابن فهد والكركي فقال لمنع الاجماع في
موضع النزاع فان احدا من الاصحاب لم يدعه والموجود كلامهم في المسألة جماعة يسيرة والباقون لا يعرف حكمهم فيها ومع ذلك فقد ذكر
العلامة في المخ كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال وعندي في هذه المسألة نظر ثم ذكر نقل فيها عن ابن الجنيد حكما مخالفا لما ذكره الشيخ والجماعة
وقال ان كلام ابن الجنيد انسب وقد عرفت ان للمص وحده فيها قولين هنا وفي النافع وللعلامة فيها وحده اربعة مذاهب فدعوى
الاجماع بمثل ذلك عجيب وفيه ما لا يخفى عليك من عدم منافاة ذلك لحكاية الاجماع وان كان هو كما ترى محلا للنظر لكن ليس لذلك بل لما
ستعرفه ان شاء الله على ان تردد المص والفاضل في بعض كتبهما او ذكر احتمال او ذكرهما له في البعض الاخر لا ينافي الاجماع على
اصل المسألة وقول الفاضل ان قول ابن الجنيد انسب ليس قولا في المسألة وكذا الاحتمال المذكور عنه في المخ بحمل المال في احد الشقين
على المال المكفول وفي الاخر على مال غير ذلك التزم به الكفيل ان لم يحضره وكذا مناقشته في سند الخبرين اللذين هما الاصل في هذه
المسألة احدهما خبر البقباق عن ابي عبد الله عليه السلام سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما قال ان
جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل
الذي اجله وهو اما صحيح او موثق والثاني خبره الاخر انه قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تكفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي

الكلام في الاحضار دون المال

خمسمائة درهم على ما في التهذيب وفي الكافي ان جئت به والا فعليك خمسمائة درهم وفيهما معا قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم
فان قال على خمسمائة درهم قال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه وهو موثق ابن بكير في سنده ابان الذي هو من اصحاب الاجماع وبذلك اكتفى
جماعة من الاصحاب على الفرق بين المسألتين وقال ان كثيرا من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد ما نحن فيه من ذلك الا ان الانصاف استبعاد
التعبد في امثال هذه المسائل خصوصا في المقام الذي ليس فيه الا تاخير الشرط وتقديمه مع انه ان اخر لفظا فهو مقدم معنى بعد الاغضاء
عن اقتضاء التعليق البطلان وعن عدم صلاحيته مثل اللفظ المزبور في المتن وغيره عن حصول عقد الكفالة او الضمان به ولولا ما سمعته
من الاجماع المزبور لامكن القول بان المراد من الروايتين بيان الفرق في عقد الكفالة من الاقتصار عليه فقط وبين اشتراط اداء المال منه
مع عدم الاحضار ففي الاول لا يكلف الا النفس ابدا وفي الثاني يلزم المال ان لم يحضر فيراد من قوله الا ان يبدو اظهار اشتراط الدراهم من
بدء الامر بدوا اي ظهر كما في الصحاح ادين بادي فلان بالعداوة اي جاهرها كما فيه ايضا اي الكفيل انما يكلف باحضار النفس ابدا الا ان
يظهر او يجهر باشتراط الدراهم ان لم يات به ثم يكلف بها ان لم يحضره والتعرض في كتابه يبدو انما يقتضي الاول منه انما هو من النساخ مع انه
يمكن عليها ارادة هذا المعنى لا التقدم والتاخر وقوله ان لم يات به في الخبر الاول على جهة الاستفهام من السائل فاجابه بذلك والخبر
الثاني على ما في الكافي وبعض نسخ التهذيب منطبق على ذلك ايضا ضرورة ان اشتراط الخمسمائة فيه الاول انما كان من المكفول له لا من الكفيل
ومن المعلوم عدم التزامه بذلك اذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفالة ولذا قال ع في جوابه انه ان قال هو على خمسمائة درهم
ان لم آت به لزمه ذلك نعم انما جاء الاشتباه في رواية بعض نسخ التهذيب ولعله اشتباه من النساخ فان ما في الكافي اضبط خصوصا
مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب وشهادة الرواية الاولى له وهذا معنى جيد في الخبرين ويشهد له ما تقدم من النصوص الظاهرة في عدم
تكليف الكفيل الا بالاحضار وانه يحبس على ذلك وهو معنى قوله ع هنا وهو كفيل بنفسه ابدا كما ان الخبرين ظاهران او صريحان في وجود
عقد الكفالة بغير هذا اللفظ وانما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم وليس هو بمعنى التعليق المقتضي لبطلان
العقد وبذلك يصح بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور وان لم يكن هو على المكفول وان كان المنساق الى الذهن ارادة اشتراط اما
على المكفول ولعل هذا اولى من المحكي عن الكركي من بيان الفرق بين المسألتين بانه اذا قدم براءة ذمة المضمون عنه بقوله علي كذا امتنعت
الكفالة ثم لعدم حق له ع عليه فلا يلزم الا المال بخلاف ما اذا قدم الكفالة فانه يكون الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا
ولما فات الضمان صحت الكفالة اذ هو كما ترى منافٍ لما عرفته من النص والاجماع المحكي وغيره من عدم تقييد لزوم المال في صورة تقديم
الضمان بعدم الاحضار وانه مراد المص هنا وان ترك ذكره ومنافٍ ايضا للتعليق المقتضي بطلان الضمان بل ولعدم براءة ذمة المضمون التي
ذكرها وبنى عليها بطلان الكفالة بل ومنافٍ لما هو ظاهر الخبرين او صريحهما من حصول عقد الكفالة او لا بغير اللفظ المزبور بل لا يتم ايضا بناء
على ان المسألة اعم من كون المكفول عليه مال وغيره من قتل وزوجية وغيرهما مما لا يقبل الضمان وعلى تقديره فما جعله الضامن عليه من
كذا في الاولى وخمسمائة في الثانية ومطلقا في كلام الجماعة اعم من كونه مساويا للحق الذي على المكفول وزائدا وناقصا ومماثلا له في الجنس
ومخالفا والضمان المدعى لا يتم الا في قليل من هذه المسائل بل فيه ايضا فرض ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدل على
كفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدم او تاخر واما الكفالة فهي مجعولة شرطا اذ مجرد ذلك لا يكفي في عقد
الكفالة ولو قيل انه انشئ بمثل ذلك يلتقط بدل عليها فقد بر مثل ذلك مبطل للفرق الذي ادعاه بين المسألتين الى غير ذلك مما لا يخفى
والاولى ايضا ما حكاه فخر الدين عن والده من حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال
ان لم احضره فعلي عشرة دنانير فانه لا يلزمه المال اجماعا لانه التزام بما ليس عليه اما الثانية فانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلا
فكانه قال علي الدينار الذي عليه ان لم احضره فلا يخفى عليك ما فيه من المنافاة لاطلاق الكل في الصورتين المتنافيتين بل مقتضى تعريف الدراهم
في قوله الا ان الخ كون المراد الدراهم الاولى لانسياق العهد منه كما في نظائره على ان الرواية الثانية قد اتحد فيها لفظ الخمسمائة في الصورتين

ايضا

عقد الكفالة

تعقيب الاقرار بالمنافي

واولى منه ما ذكره المقداد مستحسنا له قائلا انه لم يذكره احد من الاصحاب وهو ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة ونقضها بالتزامه
بالمال ان لم يأت به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال امر لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها لزوم المال للكفيل
ان لم يأت به واما الثانية فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متأخر فهي اما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان
الضمان لم يقبل له على كذا والشرط بعد ضمان له فلا يلتفت اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي اذ لا يخفى عليك ما فيه ايضا
فانه مع ابتنائه على ارادة خصوص ما على المكفول من المال لا وجه للحكم بصحة الضمان المعلق عندنا كما انه لا وجه لقياس
ذلك على تعقيب الاقرار بالمنافي واولى منه مما في المسالك فانه بعدما اطنب في ذكر وجوه الفرق وافسادها قال اذا
تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين ونقضها ما ذكر من
الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى قسمين فان التكفل اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي واعاد
ثم بذكر لفظ يوجبه وقوله بعده فان لم آته اما ان يحمل على كون المكفي عنه هو الحق المكفول لاجله عملا بقرينة
مقتضيات الكفالة وح فلا اشكال في الاولى فانه يصير كفيلا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم
الشرط فهو ضامن للمال ايضا ان لم يأت به الى الاجل وح فلا فرق بين الصيغتين لاتحاد الحكم فيهما ويكون الاستثناء
منقطعا اذ لم يحصل به اخراج فكانه بين ان الحكم كذا ان قدم الدراهم او اخرها ويبقى قوله في الرواية الثانية عليه
نفسه ولا شيء عليه من الدراهم ناظرا الى نفس حكم الكفالة لا الى ما يترتب عليه عند الاخلال بالاحضار وان لم
نعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل المال الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل
الجعالة فيلزمه ما التزمه ان لم يأت به في الموضعين باعمال مفهوم الشرط في الاولى للتصريح في الثانية ويناسب هذا
الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجية ونحوها او على تقدير كون المال مجانسا للمكفول لاجله يتبع
الحكم باجناسه نظرا الى مقتضاء الكفالة ذلك ولو كان مخالفا احتمل رده اليه بالقيمة ايضا وان لم تكن الكفالة
لاجل مال فهو التزام وتبرع محض واطلاق الرواية يقتضي صحته وعلى ما قررناه تخالفه الرواية للاصول ليست كثيرة
عند اطلاقها ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود وان بقي في عبارة الرواية قصور عن البلاغة حيث اتحد
الحكم في المسئلتين مع كونه قد ردد بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة
على تقدير العمل باطلاقها لا يخلو من بعد لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف
لو طرحنا امثال هذه الروايات التي هي من شواذ الاحاد انتهى الا انه كما ترى من غرائب الكلام بل لا يناسب اهل ردا والعلل
الذي وقعه في ذلك اساءته الادب في هذه المسئلة مع الشيخ ره الذي به حفظ الحلال والحرام وما كنا نؤثر ان يقع هذا
منه او ذلك من مثله والله الموفق والمؤيد والمسدد وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا ان نظر الجميع في هذا الحكم المزبور الى الخبرين
المزبورين الذين يغلب الظن بارادة ما ذكرناه منهما ويتبعه الظن بضعف الفتوى بخلافه المعلوم كون منشأها الفهم
من البدائة المذكورة في الخبر ببيان الفرق بالتقدم والتأخر والاختلاف في الخبر المروي في التهذيب ومن ذلك يضعف
الظن بصواب الاجماع المحكي المحتمل لارادة اتفاق المتعرضين لهذا الحكم من الاصحاب الذين يجوز الوهم عليهم في الخبرين المزبورين
نصا ومنشأ للحكم المزبور المستبعد بناؤه على التعبد المحض فلاحظ وتامل هذا وفي المختلف بعد ان حكى عن الشيخ والجماعة
ما سمعت قال وعندي في هذه المسئلة نظر نعم عن ابن الجنيد انه اذا قال الكفيل لطالب الحق مالك على فلان فهو على دونه
الى يوم كذا وانا كفيل لك بنفسه صح الضمان على الكفيل بالنفس والمال ان لم يؤده المطلوب الى الطالب الى ذلك الاجل
وسواء قال له عند الضمان ان لم يأتك به او لم يقل له ذلك فان قدم الكفالة بالنفس فقال انا كفيل لك بنفس فلان الى يوم

خمسمائة درهم على ما في التهذيب وفي الكافي ان جئت به والا فعليك خمسمائة درهم ومنها ما قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم
فان قال علي خمسمائة درهم قال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه وهو موثق ابي بصير لكن في سنده ابان الذي هو من اصحاب الاجماع وبذلك اكتفى
جماعة من الاصحاب على الفرق بين المسئلتين وقال ان كثيرا من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد فلابد من ذلك الا ان الانصاف استبعاد
التعبد في امثال هذه المسائل خصوصا في المقام الذي ليس فيه الا تأخير الشرط وتقديمه مع انه ان اخر لفظا فهو مقدم معنى بعد الاغضا
عن اقتضاء التعليق البطلان وعن عدم صلاحيته مثل اللفظ المزبور في المتن وغيره عن حصول عقد الكفالة او الضمان به ولولا ما سمعته
من الاجماع المزبور لامكن القول بان المراد من الروايتين بيان الفرق في عقد الكفالة بين الاقتصار عليه فقط وبين اشتراط اداء المال منه
مع عدم الاحضار ففي الاول لا يكلف الا النفس ابدا وفي الثاني يلزم المال ان لم يحضره فيراد من قوله الا ان يبدأ اظهار اشتراط الدراهم من
بدء الامر بدوا اي ظهر كما في الصحاح ادين بادي فلان بالعداوة اي جاهرها كما فيه ايضا اي الكفيل انما يكلف باحضار النفس ابدا الا ان
يظهر او يجهر باشتراط الدراهم ان لم يأت به ثم يكلف بها ان لم يحضره والتعرض في كتابه يبدأ انما يقتضي الاول ويسر انما هو من النساخ مع انه
يمكن عليها ارادة هذا المعنى لا التقدم والتأخر وقوله ان لم يأت به في الخبر الاول على جهة الاستفهام من السائل فاجابه بذلك والخبر ايض
الثاني على ما في الكافي وبعض نسخ التهذيب منطبق على ذلك ايضا ضرورة ان اشتراط الخمسمائة فيه اولا انما كان من المكفول له لا من الكفيل
ومن المعلوم عدم التزامه بذلك اذ لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفالة ولذا قال عليه السلام في جوابه انه ان قال هو علي خمسمائة درهم
ان لم آت به لزمه ذلك نعم انما جاء الاشتباه في رواية بعض نسخ التهذيب والظاهر انه اشتباه من النساخ فان ما في الكافي اضبط خصوصا
مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب وشهادة الخبر الاول له وهذا معنى جيد في الخبرين ويشهد له ما تقدم من النصوص الظاهرة في عدم
تكليف الكفيل الا بالاحضار وانه يحبس على ذلك وهو معنى قوله هنا وهو كفيل بنفسه ابدا كما ان الخبرين ظاهران او صريحان في وجود عقد الكفالة
عقد الكفالة بغير هذا اللفظ وانما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم وليس هو بمعنى التعليق المقتضي لبطلان
العقد وبذلك يصح بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور وان لم يكن هو على المكفول وان كان المنساق الى الذهن ارادة اشتراط اما
على المكفول ولعل هذا اولى من المحكي عن الكركي من بيان الفرق بين المسئلتين بانه اذا قدم براءة ذمة المضمون عنه بقوله علي كذا انتفت
الكفالة ثم لعدم حصولها عليه فلا يلزم الا بالمال بخلاف ما اذا قدم الكفالة فانه يكون الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا
ولما فات الضمان صحت الكفالة اذ هو كما ترى مناف لما عرفته من النص والاجماع المحكي وغيره من عدم تقييد لزوم المال في صورة تقديمه
الضمان بعدم الاحضار وانه مراد المص هنا وان ترك ذكره ومناف ايضا للتعليق المقتضي بطلان الضمان بل ولعدم براءة ذمة المضمون التي
ذكرها وبنى عليها بطلان الكفالة بل ومناف لما هو ظاهر الخبرين او صريحهما من حصول عقد الكفالة ولو بغير اللفظ المزبور بل لا يتم ايضا بناء
على ان المسئلة اعم من كون المكفول عليه مال وغيره من قتل وزوجية وغيرهما مما لا يقبل الضمان وعلى تقديره فاجعله الضامن عليه من
كذا في الاولى وخمسمائة في الثانية ومطلقا في كلام الجماعة اعم من كونه مساويا للحق الذي على المكفول وزائدا وناقصا ومماثلا له في الجنس
ومخالفا والضمان المدعى لا يتم الا في قليل من هذه المسائل بل فيه ايضا انه ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدل على
كفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدم او تأخر واما الكفالة فهي مجعولة شرطا اذ مجرد ذلك لا يكفي في عقد
الكفالة ولو قيل انه اي مثل ذلك بلفظ يدل عليها فيقدر مثل ذلك مبطل للفرق الذي ادعاه بين المسئلتين الى غير ذلك مما لا يخفى
واولى ايضا ما حكاه فخر الدين عن والده من حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال
ان لم احضره فعلي عشرة دنانير فانه لا يلزمه المال اجماعا لانه التزام بما ليس عليه اما الثانية فانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلا
كانه قال علي الدينار الذي عليه ان لم احضره اذ لا يخفى عليك ما فيه من المنافاة لاطلاق المال في الصورتين المتفاوتين بل يقتضي تعريف الدراهم
في قوله الا ان الخ كون المراد الدراهم الاولى لانسباق العهد منه كما في نظائره على ان الرواية الثانية قد اخذ فيها لفظ الخمسمائة في الصورتين

تعقيب الاقرار بالمنافي

داولى ابهم ما ذكره المقداد مستحسنا له فانا اتهم يذكره احد من الاصحاب وهو ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه
بالمال ان لم يات به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال امر لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها لزوم المال للكفيل
ان لم يات به واما الثانية فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متاخر فهي اما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان
الضمان فيه بقوله على كذا والشرط بعد ضمان له فلا يلتفت اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي اذ لا يخفى عليك ما فيه ايضا
فانه مع ابتنائه على ارادة خصوص ما على المكفول من المال لا وجه للحكم بصحة الضمان المعلق عندنا كما انه لا وجه لقياس
ذلك على تعقيب الاقرار بالمنافي واولى بهم مما في ذلك فانه بعد ما اطنب في ذكر وجوه الفرق وافسادها قال اذا
تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقبها ما ذكر من
الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى قسمين فان التكفل اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي واعاد
ثم بذكر لفظ يوجبه وقوله بعده فان لم اته اما ان يحمل على كون المكفي عنه هو الحق المكفول لاجله عملا بقرينة
مقتضيات الكفالة وح فلا اشكال في الاولى فانه يصير كفيلا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم
الشرط فهو ضامن للمال ايضا ان لم يات به الى الاجل وح فلا فرق بين الصيغتين لاتحاد الحكم فيهما ويكون الاستثناء
منقطعا اذ لم يحصل به اخراج فكانه بين ان الحكم كذا ان قدم الدراهم او اخرها ويبقى قوله في الرواية الثانية عليه
نفسه ولا شيء عليه من الدراهم ناظرا الى نفس حكم الكفالة لا الى ما يترتب عليه عند الاخلال بالاحضار وان لم
نعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل المال الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل
الجعالة فيلزمه ما التزمه ان لم يات به في الموضعين باعمال مفهوم الشرط في الاولى وللتصريح في الثانية ويناسب هذا
الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجية ثم على تقدير كون المال مجانسا للمكفول لاجله ينبغي
الحكم باحتسابه نظرا الى اقتضاء الكفالة ذلك ولو كان مخالفا احتمل رده اليه بالقيمة ايضا وان لم تكن الكفالة
لاجل مال فهو التزام وتبرع محض واطلاق الرواية يقتضي صحته وعلى ما قررناه مخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة
عند اطلاقها ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود وان بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة حيث اتحد
الحكم في المسئلتين مع كونه قد ردد بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة
على تقدير العمل باطلاقها لا يخلو من بعد لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف
لو اطرحنا امثال هذه الروايات التي هي من شواذ الاحاد انتهى لا انه كما ترى من غرائب الكلام بل لا يناسب اهل رد او العلل
الذي وقعه في ذلك اساءته الادب في هذه المسئلة مع الشيخ ره الذي به حفظ الحلال والحرام وما كنا نؤثر ان نقع هذا
منه ذلك من مثله والله الموفق والمؤيد والمسدد وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا ان نظر الجميع في هذا الحكم المزبور الى الخبرين
المزبورين الذين يغلب الظن بارادة ما ذكرناه منهما ويتبعه ح الظن بضعف الفتوى بخلافه المعلوم كون منشائها الفهم
من البدائة المذكورة في الخبر بيان الفرق بالتقدم والتاخر والاختلال في الخبر المروي في التهذيب ومن ذلك يضعف
الظن بصوابية الاجماع المحكي المحتمل لارادة اتفاق المتعرضين لهذا الحكم من الاصحاب الذين يجوز الوهم عليهم في الخبرين المزبورين
فصا ومنشأ للحكم المزبور المستبعد بناؤه على التعبد المحض فلاحظ وتامل هذا وفي المختلف بعد ان حكى عن الشيخ والجامع
ما سمعت قال وعندي في هذه المسئلة نظر ثم عن ابن الجنيد انه اذا قال الكفيل للطالب الحق مالك على فلان فهو علي دونه
الى يوم كذا وانا كفيل لك بنفسه صح الضمان على الكفيل بالنفس والمال ان لم يؤده المطلوب الى الطالب الى ذلك الاجل
وسواء قال له عند الضمان ان لم يأتك به او لم يقل له ذلك فان قدم الكفالة بالنفس وقال انا كفيل لك بنفس فلان الى يوم

كذا فان جاء لك بمالك عليه وهو الف درهم والا فانا ضامن لها لم يصح الكفالة بالنفس وبطل الضمان للمال لان ذلك كالقمار
والمخاطرة وهو كقول القائل ان طلعت الشمس فمالك على فلان غريمك وهو الف درهم على الذي فداجمع على ان الضمان لذلك
باطل ثم قال وقول ابن الجنيد انسب لكن لا يخفى عليك امر قريب فيهم من قول الجامع عند التامل والله العالم ومن اطلق غريما
من يد صاحب الحق او وكيله قهرا ضمن احضاره او اداء ما عليه كما صرح به غير واحد بل في الرياض نفي الخلاف فيه ضمان الاحضار
على الظاهر بل عن الصيمري الاجماع عليه لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ونحوها مما سمعته في القاتل ولما في المسالك ومحكي التذكرة
وغيرهما من انه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها واداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد
عليه وان كان هو كما ترى ان لم يرجع الى ما ذكرنا او الى وجهه او الى دعوى شمول على اليد ما اخذت حتى تؤدي
لمثل ذلك ولكن لا يخفى عليك ان مدرك الحكم ان كان ذلك ونحوه ينبغي عدم الفرق بين الصبي والمجنون وغيرهما ولعل
ذلك هو مقتضى ما في المتن وغيره من التعبير باطلاق الشامل لذلك نحو غيره من خطاب الاسباب الا ان الانصاف عدم
تنقيح في كلامهم لمثل ذلك كعدمه بالنسبة الى غير ذلك من تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه وينبغي الاقتصار على
محل اليقين او ما كان في حكمه ولو بظاهر الدليل المعتبر فيما خالف اصل البراءة وغيرها والله العالم ثم لا يخفى عليك ان
الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة لم اطلق عليه اسمها والا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعا ضرورة عدم العقد
فيه والظاهر كون التخيير المزبور على نحو ما سمعته في الكفالة من انه ان لم يتبرع بالاداء فداء عن الالزام بالاحضار ويلزم
المستحق بالقبول وليس له الاقتراح لاحضار فان الغرض يحصل بذلك او مع التراضي لكن في المسالك ينبغي ان يكون الحكم هنا
كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول وطالبه بالتسليم مع الامكان لا ان يفوض التخيير اليه ومنه انه لا دليل على
ذلك بل الاصل البراءة يقتضي خلافه وخبر القاتل انما هو في العمد الذي كان الحق فيه القصاص وقاعدة الضرر لا تقتضي ازيد
من التخيير المزبور ومن هنا لم اجد ممن تقدم عليه ذكر ذلك هنا نعم عن بعض الاصحاب في الكفالة نعم ليس له الرجوع عليه ٢ غيره
بما ادى اذا لم يمكن الاداء باذنه كما صرح به غير واحد للاصل وغيره لكن قد يقوى بالرجوع اذا كان الاطلاق بالاذن لقاعدة
لا ضرر واحترام مال المسلم والاحسان وكون الاذن في الملزوم اذنا في اللازم ونحو ذلك بل في محكي التذكرة ولو تعذر
عليه استيفاء الحق عليه من قصاص او مال واخذنا المال من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا
ويمكن اراد ما ذكرنا والله العالم ولو اطلقه من يد الكفيل الذي كان له الرجوع عليه بما ادى عنه ضمن ايضا احضاره
او اداء ما عليه على الوجه المزبور بل لو اطلقه منه قبل ادائه عنه فكذلك ايضا ولو كان المطلق قهرا قاتلا عمدا لزمه
احضاره او دفع الدية مع التعذر ولو عوض بل الظاهر وجدانه ايضا بل عن الصيمري الاجماع عليه للصحيح او الحسن لزوم الاحضار
عن ابي عبد الله عليه السلام سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفعه الى الوالي فدفعه الوالي الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب
عليهم قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء فقال ارى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من ايدي الاولياء حتى يأتوا بالقاتل
قيل فان مات وهم في السجن قال فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى اولياء المقتول ومنه يعلم ارادة ذلك
من التخيير المزبور في المتن وغيره نعم لو كان القتل موجبا للدية على المطلق اتجه التخيير المزبور على الوجه الذي تقدم ولو
هرب القاتل عمدا واستمر اخذت الدية من المطلق ثم تمكن الولي من ردها الى صاحبها وان لم يقتص منه لان وجوبها
فكان للحيلولة المفروضة والفرض عدم القتل مستند الى اختيار المستحق لكن في المحكي التحرير اذا احضر القاتل هل يقتل
ويستعيد الدافع من الاولياء فيه اشكال وهل له الزامه بما ادى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر وفيه
ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الاول للحيلولة لا لاسقاط الحق والا لم يكن لهم قتله بل ولا رجوع عليه بما ادى الا مع

الاذن

الاذن فى الاطلاق فان فيه ح ما عرفت والى ذلك يرجع ما فى القواعد لو كان قاتلا لزمه الاحضار والدية فان دفعها ثم
حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما اخذه وجوبا وان لم يقتل ولا يتسلط الكفيل لو رضى هو والوارث بالمدفوع على
المكفول بدية ولا قصاص والله العالم ولا بد من كون المكفول معينا كما صرح به الفاضل وغيره فلو قال كفلت احد هذين
لم يصح وكذا لو قال زيدا وعمرا لم يصح ايضا وكذا لو قال كفلت بزيد فان لم ات به فبعمرو بل فى الثالث التعليق وهو مانع
من صحة الكفالة لما عرفته غير مرة من منافاته للتسبيب الظاهر من الادلة فاشكال الفاضل فى القواعد فى غير محله
دونه ايضا اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض بلا اشكال فى بطلانه كما لا اشكال فى البطلان فى السابقين مع ارادة
الابهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له اما الابهام التخييرى فظاهر المصنف وغيره منعه ايضا لكن قد بينا فيما سبق
بان مقتضى الاطلاق فات جوازه بعد عدم ما يقتضى عدم قابليته حق الكفالة لذلك فيصح ويبرأ بتسليم احدهما او الحبس
الى ان يحضر احدهما او يودى عنه ولعله فى هذا القسم توقف الاردبيلى فى الحكم عنه وهو فى محله الا ان يثبت
ما يقتضى عدم قابليته حق الكفالة لذلك وانه كالملك الذى لا يقبل مثل هذا والله العالم ويلحق بهذا الباب مسائل لواحق الباب
الاولى ما فى التحكى المبسوط اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب على المكفول له تسلمه اذا كان لا ضرر عليه وكذا غير المكان المشترط
ونحوه عن القاضى ولكن قيل لا يجب لو كان اشبه باصول المذهب وقواعده المقتضية عدم وجوب قبول غير الحق بل لعل
مصلحة الاجل والمكان مشترك بينهما واختاره الفاضل وغيره وهو جيد حيث يكون اشتراط الاجل والمكان حقا لهما
اما اذا كان حقا للكفيل واراد اسقاطه كان الاجود الاول كما تقدم نظيره فى الدين الموجل ولعله الى ذلك نظر الشيخ وجوب التسليم
ره ولو سلمه وكان ممنوعا من تسلمه بيد قاهرة مثلا لم يبرأ الكفيل لعدم تمامية التسليم الواجب عليه بانصراف اطلاق
الادلة ولو كان المكفول محبوسا فى حبس الحاكم العادل وجب تسلمه لانه متمكن من استيفاء حقه منه ضرورة انه يرفع
امره اليه فيحضره من الحبس ويطالبه وهو فيه فينهى امره معه ولو بان يحبسه على الحقين معا وليس كذلك لو كان فى حبس
ظالم لغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق معه ولو فرض امكانه وجب تسلمه كما انه لو فرض عدم امكانه فى الاول لم يجب
تسلمه وان كان فى حبس عادل كما هو واضح والله العالم المسئلة الثانية اذا كان المكفول غائبا فى مكان معلوم متجاوز مسافة
القصر وكانت الكفالة حالة وطلبه منه المكفول له انظره بمقدار ما يمكنه الذهاب والعود به وكذا لو كانت
موجلة اخر بعد حلولها وطلبه منه بمقدار ذلك بلا خلاف اجده فى شىء من ذلك بل عن التذكرة عليه عامة اهل
العلم ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذى هو مقتضى الكفالة ذلك والا كان تكليفا بغير المقدور وربما فى ذلك ويحكى
التذكرة ويجمع البرهان انما يجب عليه الاحضار عند امكانه اما اذا لم يمكن كما اذا كان غائبا غيبة منقطعة لا يعرف
له موضع ولا خبر لم يكلف احضاره لعدم الامكان ولا شىء عليه لانه لم يكلف المال بل قيل انه ظاهر الباقين ايضا لكن فى
القواعد لو هرب المكفول او غاب غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال او احضاره مع احتمال برائته ويحتمل
الصبر وعن جامع المقاصد ان الاول لا يصح لان مقتضى الكفالة احضار الغريم او اداء ما عليه من المال والاصل بقاء
ذلك الى ان يحصل المبرئ وهو المسقط للحق او موت المكفول وان الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء
الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة وهذا وان كان مبنيا على اقتضائها التخيير مطلقا الذى قد عرفت البحث فيه
او اداء المال عند تعذر الاحضار الذى قد ذكروه فى رجوع الكفيل على المكفول اذا ادى لكن قد يدعى على القول بالخصال
مقتضاها فى الاحضار بعدم اعتبار امكانه لو بعد ان كان فى حد ذاته من الممكنات لانه هو الذى اوقع نفسه فى ذلك
فيكلف به ويحبس عليه ولو لا ان يفدى نفسه باداء ما عليه ليتخلص من ذلك كما هو مقتضى النصوص فى حبسه ومن ذلك يظهر

تعذر

لك الحال فيما لو فرّط الكفيل في احضاره بعد مطالبة المكفول له وكان متمكنا منه فهرب وغاب غيبة منقطعة تعذر على وجه احضاره او هرب بحيث هو ضروري او لو فيه لزومه بالمال وان حكي عن التذكرة وجوب المال ان اوجبناه بها والا فاشكال وعن في جامع المقاصد ولو كان غائبا حين كفل فالحكم في احضاره كما لو غاب بعد الكفالة وعن جامع المقاصد لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر او في حبس ظالم لا يمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان امكان احضاره ولو رجي تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ولو احتاج الى بذل مال فاشكال وكانه مناف لما سمعته منه سابقا والتحقيق في ذلك كلّه ما عرفت والله العالم المسئلة الثالثة ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا اجد فيه خلافا انه اذا تكفل بتسليمه

الثالثة

مطلقا انصرف الى بلد العقد وهو ان سلم فيما اذا كان العقد في بلد المكفول له او بلد قراره اما اذا كان في برية او بلد غريب قصدها مفارقته سريعا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته ففي لك اشكل انصراف الاطلاق اليه وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم الا انهم لم يذكروا هنا خلافا وعنه ان ذلك ليس محل شك ولا يحتمل ارادتهم اذ الفرض حصول القرائن الدالة على عدم ارادته نعم قد يشك فيما اذا لم يكن قرينة حتى اذا كان بلد العاقد وقد تقدم الكلام سابقا على نحو ذلك في كتاب السلم وغيره نعم لا اشكال ولا خلاف في انه ان عين موضعا لزمه لقاعدة المؤمنون وغيرها فلو دفعه في غيره لم يبرء اذا لم تسليمه المكفول برضى منه لعدم كونه تسليما تاما وقيل والقائل الشيخ والقاضي كما عرفت اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسليمه ضرر وجب تسلمه وفيه تردد بل منع الا على ما سمعته

الرابعة

في الاجل فيما اذا فرض كون مصلحة الشرط للكفيل وقد اسقطها والله العالم المسئلة الرابعة لو انكر الكفيل و المكفول له على وقوع الكفالة ولكن قال الكفيل لا حق لك الان عليه لاداء او ابراء او غيرهما كان القول قول المكفول له بيمينه لاصالة بقاء الحق وكذا لو قال له لا حق لك حال الكفالة ولو دعوى كان القول ايضا قول المكفول له بلا خلاف اجده فيه لان الاعتراف من الكفيل بوقوع الكفالة يستدعي ثبوت حق فيكون هو مدعي الفساد والمكفول له مدعي الصحة ولا ريب في ان القول قول مدعي الصحة لاصالتها بل عن مجمع البرهان ان القول قوله بلا يمين وان كان هو خلاف ما صرح به غيره من دون خلاف بل خلاف فيه لعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر وعلى هذا فلو حلف المكفول له وتعذر على الكفيل احضار الغريم فهل يجب عليه اداء المال من غير بينة احتمله في لك ومحكي ٢ فاذا

التذكرة ولكنه واضح الفساد ضرورة اعميّة ثبوت مصلحة صحة الكفالة من ثبوت الحق على نعم لو اقام المدعي البينة بالحق كان له اغرام الكفيل على الوجه الذي تقدم سابقا لكن لا يرجع به هنا على المكفول لاعترافه بعدم كونه كفيلا شرعا عنه وانه مظلوم ولكن اذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له امكن الرجوع بما اغرمه على ما في ذمة المكفول مقاصة لانه قد صار عوضا عما اداه اما لو علم الفساد فساد دعواها فلا رجوع له عليه قطعا كما هو واضح المسئلة الخامسة اذا تكفل رجلان مثلا دفعه او مرتبا برجل فسلمه احدهما لم يبرء الاخر عند الشيخ وابن حمزة والفاضل فيما حكي عنهم للاصل وكون الكفيلين كالرهنين لدين اذا فك احدهما لم ينفك الاخر فاذا هرب منه كان له الرجوع على الثاني ولكن لو قيل بالبرائة لكان حسنا بل في القواعد وغيرها من كتب الفاضل انه الاقرب لان المقصد تسليمه وقد حصل حتى لو سلم نفسه او سلمه اجنبي برئ لحصول الغرض والظاهر ان محل البحث في التسليم عن نفسه اما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا اشكال في برائة صاحبه وان بقي هو عند الشيخ وعلى كل حال فما ذكره المصنف والفاضل جيد ان كان المراد من كفالتهما الاحضار لو احدا ولو على وجه يكونا معا كفيلا فانه لا اشكال في برائة كل منهما باداء هما معا دفعه وباداء كل واحد منهما اما اذا كان المراد في كفالة كل واحد منهما الاستقلال على وجه لو اسقط المكفول

الخامسة

لرجوع

ببراءة
لهحق الكفالة ضامن احدهما بانه التزم بحوها لم يسقط عن الاخر فلا يخلو كلام الشيخ من نوع ح الا اذا قصد تسليمه عن صاحبه فانه
صاحبه ولكن هو لا يبرأ كما عرفته سابقا والفاء تعدد الحق بتعدد الكفيل اذا لم تكن مترتبة على ارادة الاول وهو دعوى
الكفالة لرجلين
اغا دعوى الاحضار ولا يقتضي عدم تعدد استحقاقه من وجوه عديدة والله اعالم ولو تكفل لرجلين برجل فسلمه الى
احدهما لم يبرأ الاخر بلا خلاف ولا اشكال بل قيل انه كذلك عند العامة فضلا عن الخاصة المسئلة السادسة اذا مات
المكفول برئ الكفيل على المشهور كما عن التنقيح بل في الرياض من نفي الخلاف فيه بل في محكي التذكرة يبطل الكفالة ولم يلزم الكفيل
شيء عند علمائنا بل عن الغنية الاجماع عليه قيل لانه تكفل ببدنه على ان يحضره وقد فات بالموت ولانه قد سقط
الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل ومنها ما لا يخفى نعم قد يقال ان المتبادر انما هو الاحضار في حال الحيوة او ان ذلك هو
المتعارف بين الناس فيحمل الاطلاق عليه او لمعلومية كون المراد من الكفالة الاحضار مقدمة لتحصيل الحق المعلوم
انتفاؤه بالموت بل قد يدعى بناء شرعيتها مثل ذلك على ذلك بحيث لو صرح بخلافه لم يصح ومن ذلك يحتمل الحاق غير الموت
به اذا كان بحيث يخرج عن قابلية تحصيل الحق منه كجنون ونحوه هذا وفي لك يمكن الفرق بين ان يكون قد قال في
عقد الكفالة كفلت حضور بدنه او حضور نفسه او حضوره فيجب في الاول احضاره ميتا ان طلبه منه دون الاخيرين وفي
الثاني على ان الانسان ما هو فان كان الهيكل المحسوس فكالاول والا فلا وفيه ما لا يخفى بعدما عرفت من بناء شرعية
الكفالة الذي في تحصيل الحق على ذلك فلا مدخلية للعبارة ح نعم لو كان المراد منها الشهادة على عينها عينه وصورته اتجه
صحتها والالزام باحضاره ميتا بناء على صحة الكفالة الذي في ذلك كما سمعته سابقا من الفاضل في القواعد ولعله لذا
قيد الحكم المذكور هنا في القواعد بغير الشهادة على عينه بل في لك تبعا للمحقق الثاني عدم الفرق بين ذلك بين كونه قد دفن او لا
لان ذلك مستثنى من حرمة نبشه سواء قلنا بجوازه للمال وعدمه ولو فرض تغيره على وجه لا يمكن الشهادة على عينه لم يجب احضاره
لانتفاء الغرض ح وبذلك يظهر لك النظر فيما في القواعد من خروج الكفيل على احضاره للشهادة على عينه عن العهدة بالدفن
ان حرمنا النبش لاخذ المال للضرورة عدم تفريع ذلك عليه فان الشهادة على عينه من مستثنيات النبش سواء قلنا
بجوازه لاخذ المال وعدمه وقد تقدم في كتاب الجنايز البحث عن هذه المسائل ولو انه بناه على جواز نبشه للشهادة
على عينه كان اولى كما انه لا يخفى عليك النظر في اصل صحة الكفالة الذي في ذلك للشك في تناول ادلتها لمثله ولو كان موته
بعد مماطلة الكفيل باحضاره فقد يظهر من اطلاقهم اتحاده في الحكم لكن لا يخلو من نظر بل لولا الاجماع المذكور لم يخل اصل
الحكم من نظر بناء على انتفاء الكفالة التخيير بين الاحضار والمال لانه اذا تعذر الاول بقي الاخر فلا جيدا هذا كله في
موت المكفول اما موت الكفيل فلا اشكال في بطلان الكفالة لذلك بخلاف موت المكفول له فان الحق ينتقل الى وارثه لعموم ادلة
الارث بعد اصالة بقاء الحق بل قد ذكرنا سابقا في الحوالة احتمال انتقال حق الكفالة بانتقال الدين ببيع او حوالة و
براءة الكفيل
نحوهما وان صرح الفاضل في القواعد وبعض شراح كلامه بعدم انتقاله كما ذكرنا ذلك سابقا وكذا يبرأ الكفيل لو جاء
المكفول وسلم نفسه للمكفول له عن الكفيل تسليما تاما او سلمه اجنبي عنه كذلك وقبل المكفول له بذلك لحصول الغرض
وعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل اذ ليس هذا الحق اعظم من الدين بل لا يبعد وجوب القبول عليه لنحو ما
سمعته منا في دفع الدين من المتبرع كما عن الاردبيلي التصريح به هنا بل لعله ظاهر المتن وغيره هذا الفاضل في محكي
التذكرة وبعض من تبعه فانه صرح بعدم وجوب القبول عليه الا ان يكون عن اذن الكفيل لعدم وجوب قبض
الحق الا ممن عليه وفيه نظر ولو سلم نفسه او الاجنبي لا عن الكفيل ففي موضع من محكي التذكرة عدم البرائة وعن موضع اخر منها
اطلاق البرائة واستجوده في لك ولكن لا يخلو من اشكال كما عرفته سابقا في كفالة الاثنين والله العالم ولو قال

الكفيل ابرئت المكفول فانكر المكفول لم كان القول قوله مع يمينه لاصالة بقاء الحق بعد اعترافه بثبوته سابقا كما هو مقتضى دعوى
الابراء فلو رد اليمين على الكفيل فحلف برئ من حق الكفالة ولكن لم يبرأ المكفول من المال بيمين غيره فالدعوى بينه
وبين المكفول مستقلة فله اليمين على المكفول لو ادعى عليه الابراء ولا يكتفى باليمين التي حلفها للكفيل كما انه
ان لم يرد اليمين على المكفول فاذا حلف برئ ح نعم لو فرض سبق دعوى الابراء من المكفول فحلف اليمين المردوده برئ هو
وكفيله وان كان قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة كالوارث
الحق وعدم بناء احد منهم الحكم في شيء من ذلك هنا على كون اليمين المردوده كالبينه او الاقرار يقتضي كونها اصلا براسه
والله العالم المسئلة السابعه لو كفل الكفيل اخر وترامت الكفالات صح بلا خلاف ولا اشكال لوجود مقتضى الكفالة
ولو قال المستحق الاول برئ الجميع وكذا لو احضر الاول منهم المكفول لانتفاء موضوعه ولو ابرأ احدهم برئ هو ومن بعده دون من
قبله كما انه لو مات برئ من كان فرعا له ولو مات الاول برئ الجميع وليس للمكفول له مطالبته وورثة الكفيل الاول وان
احتمل لكنه في غير محله ولو مات المكفول برئ الجميع ايضا ولا يتوهم من صحة ترامتها صحة دورها كما في الضمان والحوالة
لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته بل باحضار من كفله كما هو واضح المسئلة
الثامنه لا تصح كفالة المكاتب المشروط عند الشيخ بناء على اصله المتقدم من عدم لزوم مال المكاتبه عليه لجواز تعجيزه
نفسه وفيه ما عرفت من منع ذلك اولا ومن عدم اقتضائه الفساد ثانيا ولذا قال المص على تردد بل في لك ونزيد
هنا انه اما عبد او مديون وكلاهما يجوز كفالته وموجب للاحضار وهو مبني على ما سمعته سابقا من الفاضل من
جواز كفالة العبد الا انك قد عرفت تقييده له بالآبق بل ظاهر المحكي عن غيره اعتبار اعتبار الاباق وقد عرفت النظر
في اصل صحة الكفالة في ذلك وان كان لا يخلو من وجه باعتبار كونه مكلفا مستحقا عليه الحضور بخلاف الدابه
ونحوها من الاموال والله العالم المسئلة التاسعه لو كفل براسه او ببدنه او بوجهه او نحو ذلك صح لانه قد يعبر
بذلك عن الجملة بلا خلاف اجده الا من ثاني الشهيدين تبعا للمحتمل المحقق الثاني قال لان العضوين المذكورين
وان كانا يطلقان على الجملة الا ان اطلاقهما على انفسهما خاصة شايع متعارف ان لم يكن اشهر وحمل اللفظ المحتمل
لمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة
من الجزئين اتجهت الصحة كما انه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعا بل كالجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه
وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينه تدل على احدهما فعند ذلك لا يصح التعليل بانه قد يعبر بذلك عن الجملة
وفيه ان المراد من التعليل المزبور بيان صحة الاطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعا في عقد الكفالة ولو باعتبار
تعارف التعبير به مريدا به الجملة منهما او يبنى الاكتفاء في الحمل على الوجه الصحيح لاصالة الصحة وغيرها مما يليه اللفظ
لذلك بلا خلاف فاذا لم يكن فلا بد وعلى هذا والاول يحمل كلام الاصحاب بغير الحق بها الفاضل في محكي التحرير والتذكرة الكبد
والقلب ونحوها من الاعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها من الجزء المشاع كالثلث والربع وغيرهما ونظر فيه في القواعد
من عدم السريان كالبيع ومن عدم امكان احضار الجزء الا بالجملة فيسري وفي جامع المقاصد للقائل ان يقول ان احضاره
وان كان غير ممكن بدون الجميع لا يقتضي الصحة لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب انما هو صحة الكفالة واحضار ذلك
العضو وحيث ان صحتها انما تكون بكفالة المجموع لم تصح هنا اذ المتكفل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه وان كان
حكم الكفالة هو احضار ذلك العضو غير ممكن الا باحضار المجموع والعقود اسباب متلقاة من الشرع فلا بد في صحتها
من النص مع ان التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف وتبعه على ذلك في لك بل في الروضة فعدم الصحة اوضح وفيه ان المراد

في ترامي الكفالات

لبدن والرأس

احضار ٢

الاكتفاء

الاكتفاء في موضوع الكفالة الذي هو المجموع ملاحظته ولو بعنوان المقدمة لما هو المتكفل في عقدها ولا يبعد الاكتفاء
به لاطلاق الادلة بل لو كان المفهم من تلك ارادة الجملة صح وان لم يتعارف التعبير عنها لعدم اشتراط عربية ذلك في
متعلق العقد بل يكفي فيه ارادته من اللفظ بالقرينة وان لم يجر على قانون اللغة ولكن مقتضى ذلك انه لا يتم قول المصنف
ولو تكفل ببدنه او رجله واقتصر لم يصح اذ لا يخفى اقتصار ما شرط بجزء ولا يسري الى الجملة بل هو المحكي عن المبسوط من ناقض
عن المصنف نعم في القواعد وجهان وفي المسالك لا يبعد القول بالصحة ممن يقول بها فيما سبق الا ان يقال ان الوجه في
ذلك عدم معلومية ملاحظة الجملة ولو بعنوان المقدمة ضرورة امكان انفصالها مع بقاء المجموع فلا يتيقن ارادة موضوع
الكفالة لعدم القرينة بخلاف الاول الذي لا يمكن التعيش بدونه اذ احتمال الابانة بها بعيد موهم مناف لاصل موضوع
الكفالة المفروض ملاحظتها اياه فلو فرض حصول قرينة في محل البحث على ملاحظة الابانة بالجملة مقدمة لذلك امكن
الاكتفاء فيهما بذلك لنحو ما عرفت او يقال ان الوجه في فرق الاصحاب بينه وبين الاول هو صحة التعبير بالاول عن
الجملة فيكفي اصل الصحة في الحكم بارادتها بخلاف هذا فانها لا تكفي في الحكم بارادتها منه بعد فرض عدم صحة التعبير
بها عن الجملة بل لا بد من التصريح بذلك او بقرينة اخرى فيكتفى ح وان كان غلطا لما عرفت والله العالم والمؤيد والموفق
كتاب الصلح والمسدد وقد تم والحمد لله رب العالمين اولا واخرا وظاهرا وباطنا

كتاب الصلح

الذي قد دل على
شرعيته بالخصوص الكتاب والسنة والاجماع من المسلمين قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح
عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وقوله تعالى فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم وقوله ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما
وقوله انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم وقوله فان فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل وقوله او اصلاح بين الناس وان كان
في دلالتها ما عدا الاول على الصلح العقدي الذي عند الاصحاب تامل بل وفي الاول وفي الخبر النبوي المروي في
طرق العامة ومرسلا في الفقيه الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وفي خبر حفص بن البختري
عن ابي عبد الله عليه السلام الصلح جائز بين المسلمين وفي اخر عنه عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة
التجاذب نفس من صاحبه فلا بأس وفي ثالث عنه عليه السلام سألناه عن الرجل يكون عنده مال لايتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا فياتيه
وارثهم ووكيلهم فيصالحه على ان ياخذ بعضا ويدع بعضا ويبرئه مما كان عليه ابراء منه قال نعم الى غير ذلك من
النصوص الدالة على كونه عقدا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة مثل البيع وغيره من العقود وان كان هي في ٢ هي
الاصل عقد شرع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين الا ان ذلك فيه من الحكم التي لا يجب اطرادها مثل
في حكمة القصر ونقصان القيمة في الرد بالعيب واستبراء الرحم للعدة وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصا او تقييدا
لعموم الدليل واطلاقه المقتضي ثبوت الحكم في غير محلها فضلا عن خصوص الادلة من السنة المستفيضة والمتواترة
والاجماع بقسميه كما هو واضح وان اطنب فيه في ذلك وغيرها حتى ان بعضهم الجأ الى دعوى انه وان كان شرع في
قطع الخصومة الا انه لا دليل على اشتراطها فيه بل الاصل عدم ذلك والى غير ذلك مما لا حاجة اليه بعد ما عرفت
ولا الى ما قيل من انه ربما يشعر لفظ الصلح بتحقق منازعة لكن لا يتعين كونها سابقة بل يصح اطلاقه بالاضافة الى
دفع منازعة متوقعة محتملة وان لم تكن سابقة كما يفصح عنه اية النشوز فاشتراط السبق في مفهومه ممنوع فعلا وصحة
نعم لا تساعد الاخبار المتقدمة على الدلالة على المشروعية حيث لا منازعة سابقة ولا متوقعة ولكن يمكن الذب
عنه بعدم القائل بالفرق بين الامة فكل من قال بالمشروعية لدفع منازعة وان لم تكن سابقة كما دل عليها اطلاق
الاخبار المذكورة قال بها في تمام الصور المزبورة التي لم تكن فيها منازعة سابقة ولا متوقعة اذ فيه ان المراد بلفظ

الصلح الواقع في ايجاب العقد اثناء الرضاء بما توافقا واصطلحا وتسالما عليه فيما بينهما الا ان المراد بخصوص الصلح المتعقب
للخصومة كما هو واضح والله العالم وعلى كل حال فليس هو عندنا فرعا على غيره من العقود وان افاد فائدته بل في كره دعوى
الاجماع عليه وهو الحجة مضافا الى ظهور الادلة السابقة او صريحها في عدم فرعيته بعض موارده المصرح بها في بعض
النصوص لا يصلح لان يكون موضوعا لغيره على ان افادة عقد مفاد آخر لا يقتضي الاتحاد معه على وجه تلحقه احكامه
والا لاقتضى اتحاد الهبة مثلا بعوض معلوم مع البيع وهو واضح البطلان فان الاحكام الشرعية تتبع عناوينها فكل حكم
ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الجهة الحيثية نعم لا باس بثبوته من دليل آخر فما عن الشيخ تارة انه
بيع مط واخرى ما عن الشافعي من انه فرع له اذا افاد نقل العين بعوض معلوم وللاجارة اذا وقع على منفعة معلومة
بعوض معلوم وللعارية اذا تضمن منفعة بلا عوض وللهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض وللابراء اذا تضمن اسقاط
دين لا وجه ضرورة فرض عدم القصد به شيئا منها والا كان باطلا لعدم وقوع البيع والهبة مثلا بلفظ الصلح ولا دليل
على ثبوت احكامها له اذا افاد فائدتها على انه لا يتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي لا يندرج في شيء من
المذكورات كما لا يخفى على من لاحظها بل الاتفاق فتوى ورواية هنا على عدم اشتراط المعلومية في المصالح عليه
في الجملة بخلاف البيع وكيف كان فلا خلاف بيننا في انه يصح مع الاقرار والانكار بل الاجماع بقسميه عليه مضافا
الى العمومات نعم المراد من الصحة مع الانكار الظاهرية بمعنى انه يجري عليه حكم الصحة ظاهرا لا في نفس الامر فان
المدعى دينا او عينا او منفعة مثلا وانكره المدعى عليه ان كان محقا لم يصح للمنكر ما بقي له من مال المدعي سواء كان
من الجنس او لا وسواء عرف المالك قدر الحق ام لا وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه ام لا لانه ربما كان توصلا
الى اخذ بعض حقه بل لو فرض انه صالحه عن العين مثلا بمال فهي باجمعها حرام ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع اليه
من العوض لفساد المعاوضة في نفس الامر الا ان يفرض رضا المدعي باطنا بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك
وان كان مبطلا لم يحل له ما دفعه اليه المنكر رفعا لدعواه الكاذبة وللضرر عن نفسه ونحو ذلك مما لا يتحقق
معه التراضي المبيح لاكل مال الغير الا مع فرض الرضا المذكور وانما الحكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحق من
المبطل قال علي بن ابي حمزة قلت لابي الحسن ع يهودي او نصراني كان له عندي اربعة آلاف درهم فهلك
ايجوز لي ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان فقال لا يجوز حتى تخبرهم وفي صحيح عمر بن يزيد عن ابي عبد الله ع اذا
كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذه الورثة لهم وما بقي فهو للميت
يستوفيه في الآخرة فان لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت ياخذه به نعم في لك لو كانت
الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد او شهد له من لا يثبت
بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع
المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى
بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها لكن في جامع المقاصد في مفروض المسألة ليس بعيدا
من الصواب صحته ظاهرا واما في نفس الامر فتابع لصحة الدعوى وعدمها ويحتمل الصحة مط لان اليمين حق فيصح
الصلح لاسقاطها قلت قد يناقش في الصحة ظاهرا في الاول بانها غير متصورة بعد القطع بكون احدهما مبطلا سواء
كان المدعي او المنكر والفرض كما انه في الفساد في نفس الامر فكيف يجامع الحكم بالصحة في ظاهر الشرع اللهم الا ان يدعى
ان مبنى مشروعية الصلح على ذلك فنحكم بالصحة عليه ظاهرا ما دام الواقع مشتبها ولم يعلم المبطل منهما بعينه فيجب على

في الاقرار والانكار

الصلح

المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض كما انه لا يجوز للمصالح بالكسر الدعوى بما وقع الصلح عنه وان كان هذا الصلح لا يبيح
منها الشيء في نفس الامر ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح باقرار دعى عليه وحكم بفساد الصلح في الظاهر ايضا وهل البينة كالاقرار
في ذلك وجهان وكذا فيما نحن فيه في الصحة في نفس الامر في الثاني بان النتيجة عليه حلية ذلك له حتى لو انكشف الحال
بعد ذلك ولا اظن القائل يلتزمه ولعله لذا قيل الصحة في الواقع في جامع المقاصد نا به الصحة الدعوى في نفس الامر
وعدمها وكون اليمين حقا يصح الصلح على اسقاطه لا ينافي اعتبار المعاقدة فيه بما اذا لم ينكشف الواقع والا جرى الحكم
على ما في الواقع نعم ما دام الواقع مشتبها في نفسه يحكم بملكيته العوض مثلا ويحل له التصرف فيه ونحو ذلك ويمكن تنزيل
مراد القائل بالصحة في نفس الامر على ذلك الا ان المراد الصحة فيه مطلقا لو بان الامر بعد ذلك اللهم الا ان يدعى ان ظهور
الامر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي قد وقع على اسقاطه وهو كاف في الصحة وان انكشف الحال بعد ذلك
ولكنه كما ترى على انه لا يتم فيما لو فرض انكشاف الحال بصحة دعوى المدعي فان المال في يد المنكر باق على ملك المدعي
فصالح على اسقاط ما له من حق اليمين ولم يحصل منه ما يقتضي انتقال المال الى المنكر لان الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة
عليه وبالجملة يمكن ان يقال ان الصلح في قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذي قد يدعى ايضا انه اسقاط للمعاوضة شرعا ايضا وقد ذكروا
ايضا فيه انه ليس له المقاصة ظاهرا وباطنا وان كان هو لا يبيح المال في الواقع نعم لو اقر بعد ذلك اخذ باقراره خاصة وفي البينة خلاف
عدم الالتفات اليها فيمكن جعل الصلح القاطع للنزاع مثله في ذلك كله ضرورة كون المنشأ في ذلك كله اسقاط الدعوى
المدعي عوض اليمين ونحو ذلك مما يأتي مثله في الصلح فتم جيدا والله العالم وكيف كان فقد ظهر ان الصلح بين المسلمين جائز مع
والانكار الا ما اي صلحا احل حراما كما سمعت في الحر واستباحة بضع المحرمات وشرب الخمر واللواط او حرم حلالا بان لا يطأ
حليلته او لا ينتفع بماله ونحو ذلك مما علم عدم جواز الصلح عليه اجمعنا بدرج فالاستثناء متصل ضرورة كون الصلح على
مثل ذلك باطل ظاهرا او باطنا وربما فسر ايضا بصلح المنكر على بعض المدعى به او منفعته او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان
الدعوى كما سبق تحريره لكن الاستثناء منقطع لما عرفت من الحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان
انما يطلق على ما هو الظاهر نعم بناء على ما سمعته من الشافعي بكون الاستثناء متصلا وربما كان ذلك هو الدليل له فانه
يحل الحرام بالنسبة الى الكاذب ويحرم الحلال بالنسبة الى المحق الا ان فيه ما عرفت مضافا الى عدم ظهور الخبر المزبور
فيه بل يمكن ان يكون مراد الشافعي البطلان في نفس الامر ايضا خاصة لا ما ذكر من نفع النزاع بيننا وبينه كما انه يمكن دعوى
الانفصال على ذلك ايضا بناء على ارادة البطلان في نفس الامر من عدم الجواز في الخبر المزبور كما انه يمكن ارادة جعل الصلح شيئا
من الاستثناء بمعنى ان الصلح الباطل هو الذي يكون مضمونه تحليل ما حرم الله او بالعكس على وجه يكون به الحل والحرام الى غير
ذلك من الوجوه المحتملة فيه والله العالم وكذا يصح الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما بلا خلاف
فيه في الجملة بل في المسالك وغيرها الاجماع عليه لاطلاق الادلة وخصوص الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام في رجلين
كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما
عندك ولي ما عندي فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت به انفسهما ونحوها الموثق والمناقشة باحتمال كون مضمونها
الابراء لا الصلح يدفعها فهم الاصحاب ذلك منها وظهور ارادة المعاوضة فيها وليس ذلك الا الصلح فلا اشكال حينئذ في الدلالة
على المطلوب على ان الحاجة ماسة الى تحصيل البراءة مع الجهل ولا وجه له الا الصلح نعم لو كان احدهما عالما به دون الآخر لم يصح الصلح
في نفس الامر بل لا بد من الاعلام بالقدر ان كان الجاهل المستحق كما سمعته في خبر ابن حمزة او كان المصالح به قدرا معه فرض
عدم تعيينه ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح نعم لو فرض الرضا الباطني على كل حال صح كما عرفته فيما تقدم وان كان العالم المستحق

لم يصح الصلح بزيادة عن الحق بل يقتصر على ما دون عكس الاول الا مع رضا المديون الذي يمكن استفادة حكمه مضافا الى عموم
تسلط الناس على المال من الصحيح عن الصم في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة من نفس صاحبه فلا باس
وغيره بناء على ارادة الصلح بالاتفاق كما هو الغالب مع عدم اعلامه بالحال والحكم في ذلك كله واضح بل الظاهر عدم اعتبار المنازعة
في ذلك اذ الحكم المذكور ياتي في مطلق التصالح وان لم يكن منازعة مع علمهما وجهلهما كوارث تعذر علمه بقدر حصته
وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا يتميزان ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك بل في المسالك لو كان جهلهما بالقدر
لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل الملك فالاقرب الجواز وهو جيد بل في التذكرة لا يشترط
العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه او جهلاه دينا كان او
عينا وسواء كان ارشا وغيره عند علمائنا اجمع واطلاقه كما في المتن وغيره بل والمفصح كما اعترف به في الرياض
يقتضي عدم الفرق في الصحة بين كون المصالح مما يتعذر معرفتها لو مطلقا او لا امكن معرفته في الحال ام لا لعدم مكيال
او ميزان ونحوهما من اسباب المعرفة بل لا خلاف في الاول على ما قيل باتفاق الادلة نصا وفتوى عليها مضافا الى
ان ابراء الذمة امر مطلوب والحاجة اليه ماسة ولا طريق اليه الا الصلح فلا اشكال فيها وكذا في الثانية عند
جماعة كالشهيدين والفاضل المقداد لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لو قدر والغرر
بما جبره واختصار الطريق في نقله فيه مع تناول الادلة السابقة له ومن هذا القبيل ابهم الصلح على نصيب من ميراث
او عين يتعذر العلم بقدره في الحال مع امكان الرجوع في وقت آخر الى عالم به مع مسيس الحاجة الى النقل في الحال نعم في الرياض
يشكل في الثانية من عموم الادلة بالجواز المعتضد باطلاقات كثير من عبائر الاصحاب ومن حصول الجهل والغرر فيها
الموجبين للغرر بالزيادة والنقيصة مع امكان التحرز عنهما ولذا قيد في اللمعة وغيرها الصحة بما اذا تعذر تحصيل العلم
بالحق والمعرفة بالكلية ثم قال وهو حسن اما الترجيح عموم ادلة النهي عن الغرر ولتعارضها مع عموم جواز ادلة الصلح مع
عدم مرجح للثانية فلا بد من المرجح الحكم الاصل وهو الفساد وعدم الصحة مضافا الى امكان ترجيح ادلة النهي عن الغرر
باعتضادها بالاعتبار ورجحانها عند الاصحاب على ادلة الصحة في كثير من المعاملات المختلفة كالبيع والاجارة
ونحوهما من المعاملات المختلفة وفيه اولا منع العموم في ادلة النهي عن الغرر فضلا عن ترجيحه او تعارضه لعموم الصلح و
الرجوع الى اصالة الفساد اذ لم نعثر منها الا على النهي عن الغرر في البيع الملحق به الاجارة بالاجماع على ان اطلاق النصوص
السابقة ومعقد اجماع التذكرة المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب كما اعترف هو بذلك كله كاف
في تخصيص ادلة الغرر بل قوله في الصحيحين اذا تراضيا بذلك وطابت نفسهما ظاهر ان لم يكن صريحا في ان المدار في الصحة
على ذلك ولو مع الجهل الذي يمكن زواله كظهور الحكم بالصحة في الصورتين الاولتين في ذلك ايضا عند التامل خصوصا
الثانية منهما ضرورة عدم صلاحية التعذر في الحال مع مسيس الحاجة الى النقل الممكن بالهبة المعوضة ونحوها
لارتفاع حكم الشرطية او المانعية بعد فرض عدم الدليل بالخصوص والا لاقتضى ذلك في البيع وهو واضح الفساد
على ان ترجيح ادلة الغرر بما سمعت يقتضي كون مدخليته هنا نحوها في البيع والاجارة الذي لا فرق في مانعيته فيهما
بين التعذر مطلقا وفي الحال وعدمه ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه الى نفي الحرج في الدين لا يؤثر اثرا ودعوى ارادة
ذلك منه ممنوعة ولو سلمت لم تقتض اختصاص الصلح بذلك بعد الاغضاء عن اصل جريان نفي الحرج في المقام فا
لاقوى الصحة مطلقا الا في الجهالة الزائلة لا تؤول الى العلم للابهام بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين المصالح به والمصالح عنه
كما هو مقتضى الصحيحين السابقين وغيرهما من الادلة السابقة فما عن الشافعي من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقا باطل ظاهرا

في الجهل والغرر

للغرر فغير

المفروغية من اعتبار العلم بالمصالح به ولذا اجمع به على اعتباره في المصالح عنه ايضا بالقياس عليه واضح الفساد وكذا ما في
من ان الاصح اشتراط العلم في العوضين اذا امكن الى ان قال ولو تعذر العلم بما صولح عليه جاز كما في وارث تعذر علمه
بحصته وكما اذا امتزج مالاهما بحيث لا يتميز ولا نص الجهالة المزدوجة ورواية منصور ابن حازم تدل عليه ولو كان تعذر العلم
لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة الى الانتقال فالاقرب الجواز فانه لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة
بما ذكرناه كما انه لا يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق بالصحة بين العلم في الجملة بالوصف او المشاهدة وعدمه
اصلا فما عن الاردبيلي من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومية ولكن يعتبر منه العلم في الجملة اما
بالوصف او المشاهدة محل للنظر ايضا بل المنع نعم قد يتوقف بالمنع مع الجهل الذي لا يؤول الى العلم لابهامه كما ستعرف انشاء الله
لعدم صلاحيته للنقل والانتقال والله اعلم وكيف كان فهو اي عقد الصلح بناء على ما قلناه من كونه اصلا برأسه
لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه بلا خلاف لعموم اوفوا وغيره من ادلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود نعم يجيء
على قول الشيخ الجواز في بعض موارده كما اذا كان فرع العارية او الهبة على بعض الوجوه بناء على ان مراده لحوق حكم
ما افاد فائدته اما على المختار فليس الا على اللزوم الا ان ينفسخ على فسخه بالاقالة الشامل دليلها له ولغيره كما عرفته

الكلام في الربح والخسران

هنالك والله العالم واذا اصطلح الشريكان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها او وسط كما ستعرف على ان يكون الربح والخسران
على احدهما وللاخر راس ماله صح بلا خلاف في الجملة فيه للعمومات وخصوصا المعتبر منها الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام في
رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال ولك
الربح وعليك التوى فقال لا باس اذا اشترطا فاذا كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل ونحوه
الاخر عنه ايضا الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين وكذا الثالث الا انه قال وكان المال دينا
ولم يذكر العين ولا عليهما دين والرابع الا انه قال كان المال دينا وعينا فقال وليس في شيء منها كالعبارة وما ضاهاها
من عبارات الجماعة عموم الحكم بالصحة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة او بعده وان لم يرد القسمة لظهور سياق
الروايات فيما قيدنا به العبارة من تعقيب القول بان الربح والخسران لاحدهما وراس المال للاخر للشركة وحصول بعدها
وبعد ارادة القسمة لقوله فربحا فيه ربحا واعطني راس المال وليس في قوله اذا اشترطا منافاة لذلك لاحتمال ان يكون
المراد منه اذا تراضيا رضا يتعقب اللزوم بوقوعه في عقد لازم كعقد صلح ونحوه وليس المراد اذا اشترطاه في
عقد الشركة كما توهم لاختصاصه ح بنفي الباس في صورة وقوع الشرط فيه بل دلالته بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه
في غيره ظاهرة ولا قائل بها فتعين كون المراد ما ذكرنا ووجه اشتراطه مع ذلك خلو السؤال عن بيان رضا الاخر وانما
غايته الدلالة على صدور القول من احدهما ونحوها العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة لان اشتراط ذلك فيها
لا يسمى صلحا بل اشتراطا واول من نبه الشهيد في س فقال لو اصطلح الشريكان عند ارادة الفسخ على ان ياخذ
احدهما راس ماله والاخر الباقي ربح او توى جاز للرواية الصحيحة ولو جعلا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاته
موضوعها والرواية لم تدل عليه ثم تبعه ثاني المحققين وثاني الشهيدين الا ان الاخير منهما صرح بان اطلاق
العبارة يقتضي التعميم كما ان المحدث البحراني صرح بظهور النصوص في وقوع ذلك في اثناء الشركة وان بقيت مستمرة
بل جعل ذلك ظاهر اطلاق العبارات والمحقق في المسالة ان يقال انه ان كان المراد بما في النص والفتوى كون هذا
الصلح جاريا على مقتضى عموم ما دل على مشروعيته فهو غير محتاج الى دليل بالخصوص وانما النصوص المخصوصة مؤكدة لذلك كما يومي
اليه استدلال الفاضل في التذكرة عليه ولا بالعموم ضرورة صحة الصلح من احد الشريكين عما يستحقه في الاعيان المشتركة بالمقدار

المساوي لرأس المال في ذمة الشريك الآخر وخروج المال عن الشركة واختصاص المصالح وإنما يكون العوض في ذمته فلا ريب في صحة
ذلك في ابتداء الشركة أي بعد مزج المالين قبل العمل بها وفي الأثناء وعند إرادة الفسخ بل لا ريب في صحته بهذا المعنى
بين الشركة والمضاربة وإن كان المراد منها صحة الصلح على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تماما وللآخر الباقي
ربح أو خسر والمال باق على الشركة من غير أن يكون ذلك في ذمة المصالح بالفسخ فلو لم يحصل من المال إلا دون رأس
ماله لم يكن له الرجوع عليه فإن قلنا إن ذلك أيضا مقتضى العمومات كان المتجه أيضا الصحة في الصور الثلاثة وإن قلنا إن
جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاص ولا تكفي فيه العمومات بل لولاه لكان من الصلح المحلل للحرام وبالعكس مانع
النصوص المذكورة إلا أنه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة وإرادة الفسخ بل لا بأس بإيقاع الصلح
المذكور المفروض فإن دين الاستحقاق المذكور مع بقاء المال على الشركة يعمل به بل لعل عموم تسلط الناس على أموالها
يقتضيه ومنه يتضح الجواز في ابتداء الشركة أي بعد مزج المالين ثم إيقاع صيغة الصلح على النحو المذكور فيعمل بالمال
على هذا الوجه الذي مرجعه إلى الكلي المضمون في المال وأنه لا يستحق أسوة سواء بقي المال أو زادت قيمة أعيانه أو لا
وسواء عمل به بإذن من الآخر أو لا ودعوى أن الثابت صحته من النصوص الصلح عما سبق من الربح والخسران لا ما يتجدد بعدهما
فيه ذلك أولا ووضوح عدم الفرق ثانيا ضرورة أنه بالصلح صارت شركته على هذا الوجه سواء بقي المال على هذا الحال
أو لا ضرورة أنه لو أراد دفع رأس المال له فنقد أعيان مال الشركة واتفق حصول الربح بذلك لم يكن له إلا رأس المال الذي
وقع عليه الصلح قطعا وليس في ذلك تعد عن محل النص الذي هو عند التأمل مطلق فإن المراد من قوله أعطي الكناني
عن استحقاق رأس المال نعم لا يجوز التعدي إلى غير الشركة كالمضاربة ولا إلى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح
على اختصاص الربح بأحدهما دون الخسران ونحوه ومن ذلك كله ظهر لك أن المتجه على كل حال الجواز مطلقا كما هو مقتضى إطلاق المتن
وغيره من عبارات الأصحاب بل والنص نعم الأقوى عدم الجواز في ذلك بطريق الشرطية لا في الابتداء ولا في الأثناء ولا عند
الانتهاء ضرورة عدم المقتضي للزوم وإنما هو وعد بل قيل إنه مناف لمقتضى العقد الذي هو تبعية الربح والخسران
للمال فهو مناف للكتاب والسنة بل ربما يدعى عليه بالنقض وليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه المنافي للزوم
الذي هو مقتضى الإطلاق لا العقد نفسه الذي لا يقتضي إلا الانتقال خاصة واللزوم من حيث هو ثم كيف كان فالخارج به
بخلاف عقد الشركة الذي ليس مقتضاه إلا ما عرفت فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية ويكون بمنزلة العقد المشروط
بشرط عدمه والبيع المشروط فيه عدم الانتقال وإن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافيا لمقتضاها لم يجز حتى
بالصلح الذي قد عرفت جوازه للأدلة المذكورة المراد من الشرط فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح فإنه
ربما يطلق اسم الشرط على العقود ومن الغريب جعل بعضهم محل النزاع هنا الاشتراط حتى قال إنه ليس في عبارة الجماعة
إطلاق يشمل صورة الاشتراط في ابتداء الشركة الذي يسمى اشتراطا ولا يسمى صلحا الذي قد عبروا به إذ قد عرفت أن محل
البحث الصلح لا الشرطية ولكن هل صحته مختصة في صورة وقوعه عند إرادة فسخ الشركة أو عامة لما لو وقعه
في أثنائها وعند ابتدائها أي بعد مزج المالين المشروعية الاشتراك على هذا الوجه بالصلح من غير فرق بين
الجميع ولا ريب في اقتضاء إطلاق المتن وغيره ذلك بل لعله مقتضى التأمل الصادق في النصوص أيضا وأما مسألة
الشرطية في عقد الشركة فهي مسألة أخرى مذكورة في باب الشركة لا مدخلية لها فيما نحن فيه ومن الخبط جعل كلامهم هنالك
مقيدا للإطلاق هنا كما هو واضح وبه يظهر لك ما في جملة من كتب المتأخرين خصوصا الرياض فلاحظ وتأمل والله العالم
ولو كان معهما درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللآخر ما بقي لصحيح عبد الله

الخسارة

في دعوى الدرهمين

ابن حمزة

ابن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبد الله ع في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال الاخر
هما بيني وبينك قال فقال ابو عبد الله ع اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شيء
وانه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ومثله مرسل محمد بن ابي حمزة المنجبر ارسالهما بالشهرة مع ان في
سنديهما ابن ابي عمير والمغيرة من اصحاب الاجماع وارسال احدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض والمراد بكون
الدرهمين معهما في الخبرين والمتن انهما في ايديهما للتساوي في الدعوى اذ لو كان في يد احدهما لقدم قوله بيمينه
ثم ظ الخبرين والمتن وغيره ان الحكم كذلك من غير يمين وانه لا فرق بين كون الدعوى منهما بالنصف من كل منهما على
الاشاعة او بواحد منهما على التعيين بل لعلها في الاول اظهر منها في غيره لكن في التذكرة بعد ان فرض موضوع المسألة
دعوى احدهما الدرهمين والاخر اشتراكهما قال الاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق
نصف الاخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منهما قضي به للاخر ولو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما
نصفان واستحسنه في لك لعموم واليمين على من انكر وفي س لو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الاخر
اشتراكهما ففي الرواية المشهورة للثاني نصف درهم وللاول الباقي ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا
فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا كل مشاع ادعيا اشكل ما في التذكرة بعدم تمامية حلف
كل منهما في صورة الدعوى على الاشاعة لاختصاص الحلف ح بالثاني والبينة بالاول ومع ذلك يستحق بعد الحلف تمام
الدرهم لا النصف وما فيها وفي س ايضا بوجوب الخروج من مقتضى القاعدة وتخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى بل
ذلك كله كالاجتهاد في مقابلة النص والفتوى الظاهرين في عدم اليمين اصلا والصريحين او كالصريحين خصوصا
الخبر منهما في فرض موضوع المسألة في الاشاعة بل ظاهرهما ان ذلك على وفق الضوابط العامة لا انه تعبد صرف
ومن هنا امكن ان يقال بان الوجه في عدم اليمين من احدهما انه بعد تساويهما في اليد المقتضية لملك كل منهما
الكل التي لا يختص الخروج عن التعارض فيها المنافي لقاعدة عدم ملك المال المتحد لمالكين بالنصف الذي هو خلاف
مقتضاها لامكان الحكم بكونه لواحد منهما ويستخرج بالقرعة او بغير ذلك فالمرجح بعد ان كانت كل لا يصير احدهما
منكرا عليه اليمين بل هما بعد ان تساويا من هذه الجهة صار الحكم من لا بد لاحدهما والمتجه فيه تقسيم المال
بينهما نصفين قطعا للدعوى فهو كالصلح القهري بينهما بذلك الا ان النصف مقتضي يد احدهما حتى يكون منكرا با
لنسبة الى دعوى الاخر عليه وكذا العكس فيكونا كالمتداعيين من وجه والمنكرين من اخر فيتحالفان نحو ورود ثبوت الحكم
المزبور في غير ذوي الايدي كما تسمعه في الوديعة وفي المتداعيين في المال المطروح ونحوهما واليد انما تثبت
بالجميع ومعارضتها بالاخرى لا تقتضي تنزيلها على النصف الذي هو خلاف مقتضاها وح فليس النصف
المحكوم به في النص والفتوى الا القطع للخصومة بينهما بذلك بالعدل والانصاف لعدم تحقق الدعوى من احدهما
والانكار من اخر لكون المفروض تساويهما من كل وجه ففي الحقيقة ليس الا دعوى واحدة وهي ملكية الدرهم الا
ان احدهما يدعي ايضا الرد الاخر كذلك ولا ترجيح لاحدهما بعد معارضة يد كل منهما للاخرى الموجب للتساقط نحو
البينتين المتعارضتين من كل وجه فيقسم المال بينهما على احتمال الرفع بينهما بحسب دعواهما فان كانا اثنين فالنصف وان
كانا ثلثة فالثلث وهكذا قطعا للخصومة بينهما بالعدل والانصاف فهو كالصلح القهري ولعله لذا ذكر الاصحاب
هذه المسألة وما شابهها في هذا الكتاب ومنه يعلم الوجه حينئذ في الدعوى بالاشاعة ضرورة انها لا تنافي الاقرار
بالدرهم الكلي المشاع المنطبق على نصفي الدرهم والثلثين من درهم والثلث الاخر وهكذا فيبقى النزاع بينهما في الدرهم الاخر

عموم اليمين على من انكر

الاشاعة

على الاشاعة بنسبة المقر له المقر بالدرهم الاول مضافا الى ذلك الدرهم والاخر بنسبة لم ينقسم بينهما نصفين على
للقاعدة التي ذكرناها التي قد اومأ اليها في الخبرين السابقين المعتضدين بالفتوى المجردة عن ملاحظة اليد اقتضاء
الموجبة للتوهم ان يدعي الدرهم الاخر المنضم الى ما اقتضته يده من النصف الذي هو درهم ابضمام ملفق
مع صرفه والاخر منكر باعتبار انه قد ادعى عليه ما اقتضته يده فيحلف ويبقى النصف المشاع وهو الدرهم الملفق
اذ قد عرفت الغاء اليد في المقام وان الحكم بالتنصيف نصا وفتوى لقطع الخصومة بينهما بعد التساوي بينهما من كل وجه فتأمل
جيدا فانه دقيق جدا وبه يظهر الوجه في النص والفتوى الصريحين في الاشاعة وانه ليس ذلك من باب التعبد كما لا يخفى
على من تأمل الخبرين والفتاوى والله العالم ومنه يعلم الوجه فيما ذكره وغيره بل المشهور من قولهم وكذا الحكم فيما لو اودعه
انسان درهمين واخر درهما وامتزج الجميع ثم تلف درهم فان لذي الدرهمين درهما منهما لا احتمال فيه واما الاخر
فهو محتمل لكل منهما ولا مرجح فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما للقاعدة التي عرفتها واكدها هنا خبر السكوني
عن الصادق في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه اخر دينارا فضاع دينار منهما فقال يعطي صاحب الدينارين
دينارا ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين بل ظاهره عدم اعتبار الامتزاج في هذا الحكم بل يكفي الاشتباه
كما ان ظاهره ذلك وان لم يتصادما دعواهما في الدينار وانه لا يمين على احد منهما خصوصا مع عدم علم كل واحد
منهما بعين حقه لكن في المسالك استشكله مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع
الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ومال اليه في س الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب
قلت قال في س ولو اودعه واحد دينارين واخر دينارا فضاع دينار واشتبه ففي رواية السكوني لصاحب
الدينارين دينار والاخر الباقي والعمل بها مشهور وهنا الاشاعة ممتنعة ولو كان بدل الاجزاء ممتزجة كان
الباقي اثلاثا ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسألتين يمينا وذكروهما في باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح
قهريا وجائز ان يكون احتياطا فان امتنعا فاليمين والفاضل اطلق الحكم في مسألة الوديعة بان الدينارين
الباقيين بينهما اثلاثا لاختلاط الاجزاء وفيه بعد ولو قيل بالقرعة امكن وفيه انها عند الاشكال ولا اشكال
بعد النص والفتوى والقاعدة التي اشرنا اليها في قسمة المال بين مدعييه قلوا او كثروا بالتسوية بعد فرض
استوائهم في قطع الدعوى المنزلة منزلة الصلح القهري فيما بينهم ومنه يعلم ما في احتمال كونه احتياطا ضرورة امكان
القطع بعدمه من النص والفتوى كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور خصوصا المسألة الاولى التي تحصل الاشتباه في مالك
المال من تعاقب ايديهما المقتضية لملك كل واحد منهما بعد معلومية عدم ملكية المال المتحد لمالكين وابطال اقتضاء
كل من اليدين في النصف ليس باولى من القول بحصول الاشتباه في مالك الكل الذي هو مقتضى يد كل منهما فيكون مالا
مشتبها دائرا بينهما فتأتي فيه القاعدة السابقة واما ما حكاه عن الفاضل فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض الاشتباه
بدون امتزاج ضرورة عدم حصول التركيب بينهما بذلك اما مع فرضه بعد فقد يناقش بانه كالممتزج من الحبوب ونحوها اللهم
الا ان يدعى حصول التركيب بها فيها شرعا بخلاف غيره من الدراهم ونحوها لكنه كما ترى فالاولى فرض مسألة المتن
بدون امتزاج كما في النص اما معه وقلنا بحصول التركيب معه فالمتجه فيه حكم الاقرار في كون التالف على النسبة
واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما بخلاف في مسألة الدرهم يدفعه اولا انه لا قطع بكونه على
النسبة في الحبوب اذ يمكن التفاوت وثانيا عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعا على حصول التركيب بالامتزاج
في المثليات على وجه يرفع التمييز وقد ظهر لك من ذلك كله ان الحكم المزبور في هذه المسائل التي قد عرفت اتفاق النص

امتزاج الجميع

والاعتبار

والاعتبار والمعتضد من الفتوى عليها قائم مقام الصلح فيها بالنسبة الى قطع المخاصمة ولهذه المناسبة ذكرها الاصحاب في كتابه
المسئلة الثالثة ومن ذلك المسئلة الثالثة وهي ما لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللاخر ثوب بثلثين ثم اشتبها فان خير احدهما
صاحبه فقد انصفه وان تعاسرا بيعا وقسم بينهما واعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة وللاخر ثلثة التي قد افتى
المشهور فيها بذلك لخبر اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلثين درهما في ثوب واخر عشرين درهما في
ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلثين ثلثة اخماس الثمن
وللاخر خمسا الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلثين اختر ايهما شئت قال قد انصفه المنجبر
بالشهرة مع احتمال صحة سندها في طريق الصدوق بل والشيخ فما عن ابن ادريس من القرعة ومال اليه في لك
في غيره محله ضرورة عدم الاشكال بعدما عرفت معتضدا بالاعتبار الذي يقتضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك
بل لو لم يشتبها وبيعا معا كان الثمن موزعا على حسب قيمتهما الا ان الظاهر من النص والفتوى عدم اعتبار المعية
في بيعهما في الحكم المزبور بل ظاهرهما صيرورة مالكيهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما فيهما فيعتبر التراضي
فيهما على نسبة قيمتهما فما في المدرك من انه ان بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد ثوب ولا اشكال وان
اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر قيمة وكذا الاقل بناء على الغالب وان بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة
اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال كالاجتهاد في مقابلة النص المعتضد بفتوى المعظم
المقتضي صيرورتهما بمنزلة الشريكين على كل حال ولذا قال في س بعد حكايته ذلك عنه ويلزم على هذا ترجيح
احد الامرين من بيعهما معا او منفردين اذ الحكم مختلف وظاهره انه متى امكن بيعهما منفردين امتنع الاجماع والرواية
مطلقة في البيع ويؤيدها ان الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فيهما بمثابة
الشريكين نعم ما فيها ابن ادريس من انه ان عملنا بالرواية فهي تتعداها الى الثياب والامتعة والاثمان المختلفة
نظرا الى تساوي الطريق في الجميع وعدمه والاقرب القرعة هنا مخالف لقولهم علينا الاصول وعليكم ان تفرعوا
ولا يكون الفقيه فقيها حتى يلحن له في القول فيعرف ما يلحن له ولظهور ارادة التعليم منها مؤيدا ذلك كله
بموافقته ما فيها للاعتبار ومناسبته لما سمعته سابقا بما شرع لقطع التنازع والتخاصم فلا ترجيح للتعدي
بطلان الصلح والله العالم واذا بان احد العوضين المعينين في العقد مستحقا للغير او غير قابل للعوضية كالخمر والخنزير
بطل الصلح بلا خلاف ولا اشكال ضرورة من اركان هذا الصلح الذي قد فقد فانتفى وان لم نقل انه يعتبر في الصلح
العوض لقيامه مقام الهبة والعارية الا ان الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدا فيه فالمقصود لم يصح
بالفرض والذي فرض صحته غير مقصود ولا ينقاس ما هنا على المهر في النكاح الذي فساده فيه لا يقتضي
فساد العقد باعتبار كونه ليس من الاركان فيه بل يرجع الى المهر المثل لحرمة القياس ولا لعدم عوض مقدر شرعا
هنا كمهر المثل الذي يرجع اليه عند فرض عدم المهر ثابتا ولكون المهر في عقد النكاح بعد ان دل الدليل
على عدم فساد العقد بفساده صار كالملزوم المستقل عن العقد بالنسبة الى الحكم المزبور بخلاف المقام الذي لا دليل
فيه كذلك وان ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح نعم المنساق من العوض في المتن وغيره ما قيد بالعبارة من كونه
معينا اما اذا كان مطلقا فظهر استحقاق المدفوع عنه فلا يرجع ببدله كالبيع ولا فساد في العقد كما انه لو ظهر
في المعين عيب مثلا يتخير بالفسخ ولا بطلان لكون الصحة فيهما باعتبار الانسياق اليها كالمذكورة وصفا فيها
فمع فرض عدمها يثبت الخيار لقاعدة نفي الضرر وغيرها ثم في تخيره بين الفسخ وبين الارش كما في البيع اشكال اقواه العدم

واضحة

لحرمة الغناء بعد اختصاص الدليل بالبيع الذي لا يدخل فيه الصلح على الاصح ودعوى انه ثبوته انه من قاعدة نفي الغرر كالجبار
المنع ضرورة انها لا تقتضي الا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر من ذلك يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح اذا كان دليله
قاعدة نفي الغرر او غيرها مما يصلح لشمول الصلح كخيار الغبن الذي قد صرح بثبوته هنا غير واحد وتخلف الوصف
وعدم الوفاء بالشرط واشتراط الخيار ونحو ذلك بخلاف ما لو اختص دليله بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما بناء
على عدم فرعية الصلح للبيع والله العالم وعلى كل حال فلا اشكال في انه يصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى منفعة
بمنفعة او عين للعمومات المقتضية لذلك ولغيره من الصلح عن الحق اسقاطا او نقلا كحق الخيار او حق التحجير
او حق الشفعة بحق مثله او عين او منفعة او غير ذلك من صور الاختلاط بل اطلاقها يقتضي صحة الصلح عن كل
حق حتى يعلم عدم جواز اسقاطه او نقله شرعا ولذلك افراد كثيرة كحق السبق الى الوقف وحق القذف والغيبة
وحق الرجوع في الطلاق وفي البذل وغير ذلك مما تسمعه في تضاعيف هذا الكتاب وغيره نعم الظاهر في كثير
من الحقوق صحة الصلح لاسقاطها لا نقلها بل لو شك فيه امكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح فتامل جيدا
ولو صالحه على دراهم بدنانير او دراهم صح وان لم يكن قد قبض في المجلس لما عرفت من عدم كون الصلح فرعا للبيع عندنا
وانه لا يعتبر فيه ما يعتبر في بيع الصرف على الاشبه باصول المذهب وقواعده وكذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه
قبض العوض في المجلس الى غير ذلك من الاحكام المختصة بالبيع حتى الربا بناء على انه منها نعم لو قلنا بشموله لجميع
المعاوضات اتجه جريانه في الصلح وقد تقدم تحقيق ذلك في كتاب البيع وانه على كل حال لو تلف على
رجل ثوبا قيمته درهم مثلا فصالحه عنه على درهمين او اقل من الدرهمين صح على الاشبه باصول وقواعده والاشهر
بل في س المشهور لان الصلح وقع عن الثوب او عن قيمته الكلية التي لا تختص بالدرهم لا عن الدرهم الذي لم يثبت
في الذمة لكن في لك في شرح هذه العبارة تبعا لجامع المقاصد هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ليكون
الثابت في الذمة ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف انما هو
الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل وهو الاقوى بل في س انه لذلك ابطله في الخلاف والمط
وفيه ان المعلوم من مذهب المص والفاضل ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب نادر وليس ما في كلام المص
والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنيا على ذلك بل هو اما لان الثابت في القيمي في الذمة نفسه كما هو مقتضى
قوله على اليد ما اخذت بل وقوله من اتلف اه وان كان الواجب دفع القيمة عنه عوضا شرعيا لعدم امكان
اداء نفسه وعدم معرفة مثله لا حتى يكون اقرب من القيمة فالصلح اذا وقع يقع عنه لا عن قيمته ولعل هذا
هو لا يكون القيمي يقضي بمثله الذي هو معنى وجوب تاديته المثل الشامل عرفا او لانه وان قلنا كون الثابت في الذمة
قيمته الا انها غير متعينة في خصوص الدراهم وان كان لو اديت منها كانت قيمته درهم ومن الدينار كذا كذا
ومنها كذا وهذا لا يقتضي بكون الثابت في الذمة في الذمة الدرهم بخصوصه كي يستلزم الصلح عليها بدرهمين الربا لكون
الصلح نوع البيع او لان الربا يعم المعاوضات اجمع فيكون المراد الثوب في المتن قيمته ح ولعل غرض المص والفاضل وغيرهما
ممن تعرض لهذه المسئلة التعريض بما سمعته من الخلاف والمط نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض ان النقد
الغالب من جنس ما صالح عليه به بناء على كونه ح هو الثابت بخلاف ما اذا تعدد الجنس واستويا بان كان دراهم
ودنانير والله العالم ولو ادعى دارا فانكر من هي في يده ثم صالحه المنكر عن اسقاط دعواه على سكنى سنة مثلا صح بلا خلاف
ولا اشكال عندنا ولم يكن لاحدهما الرجوع عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة وكذا لو اقر له المدعي

عين بعين
منفعة
بمنفعة

بالدرهم

جواز الرجوع

بالدراهم ثم صالح المنكر المدعي المقر على سكنى سنة او ان المراد انه لو من هي في يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة وعلى كل
حال فهي هو صحيح بناء على عدم اعتبار العوض في صحته بل هو لازم بناء على ما سمعت من كونه عقدا مستقلا براسه مندرج
تحت اوفوا بالعقود وغيره من ادلة اللزوم ولكن قيل والقائل الشافعي من العامة والشيخ من الخاصة له الرجوع لانه هنا
فرع العارية اذ هو اباحة منفعة بلا عوض وقد عرفت سابقا ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده وان افادة عقد
مفاد اخر لا يقتضي لحوق احكامه على ان الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا اباحتها ولقد افصح عن ذلك كله في س بقوله
ولو ادعى دارا فاقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح ولا رجوع ان جعلناه اصلا وجوزناه بلا عوض ولو انكر فصالحه
المدعى عليه على سكنى المدعي سنة فهو اولى بعدم الرجوع لانه عوض عن دعواه وكذا لو كان الساكن المنكر لانه عوض عن جحوده
هذا ولكن في المسالك وانما يتم الحكم بانه لو من هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار والانكار يقتضي كون الصلح المذكور عارية
عند الشيخ لانه جعله اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر له بها فان الصلح وان جاز الا ان المنفعة يقابلها عوض وهو
العين فلا يتحقق العارية مع ان الشافعي لما شرط في صحة الصلح الاقرار وجعله فرعا على العقود الخمسة مثل للعارية
بما ذكر هنا مع كون المدعى عليه مقرا ووجهه ان العوضين من واحد فكان الحكم راجعا الى العارية ولا يخفى عليك ما فيه
من وجوه النظر بل لا يكاد ينقضي لم وجه صحة ما حكاه عن الشافعي فان المنقول عنه في كرة مثالا لذلك هو ان
يكون في يده دار فيقر له بها فيصالحه على سكناها شهرا فانه اسوء دار سكنى من في يده المقر بها للغير او سكنى المدعي الذي
فرض اقراره بها لمن هي في يده غير ما سمعته منه عند التامل والامر في ذلك سهل بعد وضوح الحال انما الكلام
في صحة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض وكذا الصلح القائم مقام الهبة كما لو قال صالحتك عن هذه الدار
فيقول الاخر قبلت نحو قوله في القائم مقام العارية صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلا فيقول الاخر قبلت
فيصح صلحا لازما وهكذا فان ما سمعته من س صريح في التردد فيه بل صرح الفاضل في غير واحد من كتبه بان
من اركانه المصالح عنه والمصالح به بل في موضع من كرة انه معاوضة اجماعا بل ارسله الكركي وغيره ارسال المسلمات
قال قيل عليه ان الصلح اذا وقع لدفع الابراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح لعموم شرعية الصلح وليس فيه عوضان
قلنا يكفي في المغايرة الجزئية والكلية بل ربما كان في قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض اشعار به بناء على ارادة المعاوضة من التجارة وان كان يخفيه ما فيه كما ان في الاكتفاء بالجزئية والكلية
في تحقق المعاوضة ما لا يخفى والا لكفت في غير الصلح من عقودها على انه لا يتم في القائم مقام العارية كما في نحو المقام
بل منه يعلم ما في دعوى كونه من عقود المعاوضات مضافا الى خلو نصوص المقام من اعتبار ذلك فيه بل وما ظهر منها خلافه
كما لا يخفى على من لاحظها بل قد يدعى كون المستفاد منها ان كلا يتبعها نعليه ويصطلحان عليه ما لم يكن فيه تحليل حرام
او بالعكس كان من الصلح الجائز وجرت عليه احكام عقد الصلح من اللزوم وغيره وان كان مقتضى ذلك عدم اختصاص ما يقوم
الصلح مقامها بخمسة البيع والاجارة والهبة والعارية والابراء كما هو ظاهر جماعة بل صريح الكركي في حاشية الكتاب
ضرورة كون المتجه حينئذ قيام الصلح مقام المضاربة وغيرها دون انه يفيد اللزوم وغيره من احكام الصلح الا انه لم اجد مصرحا به بل
ولا محررا لهذه المسألة في كلامهم ولا ان المراد بالمعاوضة فيه الصورية لا الحقيقية يعني انه عندنا البيع عقده لا بد فيه
من صورة مصالح عنه ومصالح به وليس في الادلة ما يقوم بذلك والمتجه ما عرفت ان لم يكن اجماعا على خلافه ولعل ما ذكره
غير واحد من صحة الصلح عما في الذمة بالانقص في غير الربوي بل وفيه حتى على القول بعمومه له باعتبار كون هذا الصلح ليس
معاوضة بل هو في معنى الابراء كما اعترف به في س مستدلا عليه بقول النبي ص لكعب ابن مالك لما تخاصم مع اخر

انزلت الشطر وابتعه بقيته وبما روي عن الصبح بل القطع بعدم الفرق بين ان يكون صورته صالحتك على النصف بخمسمائة
او بهذه الخمسمائة وان ظهرت منها صورة المعاوضة نعم الاولى جوازها ايضا لاشتراكهما في الغاية نعم الاولى كما في س
الانشاء والى قبول الغريم هنا وان لم يشترط في الابراء القبول لاجل اتمام عقد الصلح والله العالم وعلى كل حال فبما ذكرنا
يظهر لك الوجه في الجواز فيما لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا وان كان بجنسه كما هو مقتضى اطلاق الاصحاب لما عرفت
من عدم كونه معاوضة فلا يجري فيه الربا لكن في س بعد ان نسبه الى اطلاق الاصحاب الجواز قال وهو اما لان الصلح هنا
ليس معاوضة ولان الربا يختص بالبيع او لان النقيصة في مقابل الحلول وفي الثاني منها انه لا يتم لغير من جعله في المشهور
بعموم الربا بل والثالث بان ذلك مقتضى جوازه في البيع ولا يقولون به فليس الا الاول الذي هو قد يقتضي جواز الصلح عن
الحال ببعضه فضلا عن المؤجل وعلى كل حال فلو ظهر استحقاق العوض او تعذر رده فالاقرب ان الاجل بحاله ولو ادعي على الميت
ولا بينة فصالح الوصي او الوصي تبع المصلحة وما عن ابن الجنيد من اطلاق المنع في غير محله والله العالم وكيف كان فلو
ادعى اثنان مثلا دارا في يد ثالث مثلا متفقين على التصريح بان ملكهما لها بسبب موجب للتشريك بينهما كالميراث
فصدق المدعى عليه احدهما بعد ادعائه دون الاخر كان ذلك مشتركا بينهما ولا يختص به المقر له لما عرفت من اتفاقهما على
اتحاد السبب بالنسبة اليهما على وجه يمتنع استحقاق احدهما دون الاخر ضرورة عدم الفرق بين الكل والبعض في التشريك بعد فرض
اتحاد السبب الذي لا فرق في اقتضائه التشريك بينهما مع فرض اقرار المتشبث بان نصف الدار ليس له كان من مخلفات
الميت باتفاقهما ولا معارض لهما فيه فيشتركان فيه وتخصيص ذي اليد له باحدهما غير مجد بعد اتفاقهما على انه بينهما
على مقتضى التشريك في المشترك وانما نفع اقراره رفع يده عنه نعم فاذا صالحه على ذلك النصف الذي اقر له بعوض
فان كان باذن صاحبه ولو لاحقا صح الصلح في النصف اجمع وكان العوض مشتركا بينهما وان كان بغير اذنه صح في حصته
وهو الربع خاصة وبطل في حصة الشريك وهو الربع الاخر هذا كله مع التصريح منهما بالسبب المقتضي للتشريك اما
لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للتشريك كما لو قال احدهما ان النصف بالارث والاخر بالشراء لم يشتركا
فيما يقر به لاحدهما لعدم المقتضي لها بعد فرض سبب ملك كل منها غير الاخر وانما الاشتراك قد جاء من جهة الاشاعة
نعم لو قالا لا اشتريناها معا او اتهبناها وقبضناها معا فهي كالارث لاشتراك السبب وهو واحد وفي احد قولي
الشافعية والثاني انها لا تشترك فيما اقر به لان البيع من اثنين بمنزلة الصفقتين فان تعدد المشتري يقتضي تعدد
العقد وكانا بمنزلة ما لو ملكا بعقدين هذا خلاصة ما اتي في توضيح ما ذكره المصنف وجماعة في القسمين ولكن في لك
فيه بحث لانه لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملون اطلاقه على
على ملك البائع والمصالح حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف الى نصفه خاصة لا النصف المشاع
بينه وبين شريكه بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الشيء فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره وحينئذ فاللازم هنا
ان ينصرف الصلح الى نصف المقر له خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى النزاع بين الاخر والمتشبث هذا اذا
وقع الصلح على النصف مطلقا والنصف الذي هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف الذي اقر به المتشبث توجه قول الجماعة
لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيها وهو على هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه
من القاعدة التي ذكرناها وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه قلت لا يخفى عليك ما فيه من ان ما ذكروه من قاعدة الانصراف
المذكورة انما اذا كان متعلق البيع مثلا اصل التركة للبائع لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبائع والفرض
ان مورد البيع النصف على ان عبارة المتن وغيرها كالصريحة في ان المراد النصف الذي قد اقر له بل لم يقصد

في موجب التشريك

الشيوع

٢٠٦

المشتري الا ذلك والا لا يتجه دفع العوض جميعا له وبقاء الربع من النصف المقر به للشريك ضرورة عدم انتقاله بالبيع
المفروض مورده النصف المدعى به الذي لا وجه للصلح عنه الا على ارادة اسقاط الدعوى به ضرورة عدم ثبوت
شيء له الا الربع الحاصل من النصف المقر به فاذا فرض تنزيل الصلح على المختص به ولو بدعواه الذي لا يلحقه شريكه فيه
وهو الربع من النصف المقر به والربع من النصف في يد المتشبث يختص بالعوض ويكون الشريك على ربعه في النصف
المقر به وهو غير ما قصده المشتري قطعا بل غير مفروض البحث اللهم الا ان يفرض ان المقر به بالنسبة الى المقر
ليس هو الا النصف الذي لا يلحقه شريكه به فيفرض كون المقصود بالصلح النصف الذي هو كله يتجه اختصاصه
بالعوض وبنفي النزاع بين الشريك والمتشبث فتامل جيدا والامر في ذلك سهل انما الكلام فيما ذكره في جامع المقاصد
فانه بعد ان قرر ما في القواعد بنحو ما سمعته منا في تقرير ما في المتن قال وللقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب — في تغاير السبب
ولكونه مقتضيا للتشريك في عدم التركة لان الصلح انما هو على استحقاق المقر له وهو امر كلي يمكن نقله عن ماله الى
الآخر ولهذا لو باع احد الورثة حصته من الورث صح ولم يتوقف على رضا الباقين فان اجيب بان الانكار لاستحقاق
الآخر صير النصف كالتالف فيجب ان يكون منهما لامتناع تلف حصة احدهما دون الآخر قلنا فاذا تغاير السبب يجب
ان يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالتركة الى ان قال ونبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب ثم قال
والذي يقتضيه النظر ان الحكم في مسألة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب من التركة
بالنسبة الى الورثة والتالف لا يحسب عليهم وكان لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم والظاهر انه لا خلاف
في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع كل من الورثة عن حق الآخر فلا دليل على الحاق تعذر الوصول
الى حق بعضهم بالانكار مع عدم البينة ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم والاصل عدمه فينبغي التوقف فيه هنا
فليلحظ الحكم المذكور في المبيع ولو كان المشترك دينا فاقر لبعض وانكر بعضا ففي التركة قبل القبض لا بحث وبعد القبض — م التركة
وغير التركة من اقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من ان الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه وكانه اخذ ذلك
مما حكاه في التذكرة عن احد قولي الشافعية قال فيها بعد ان ذكر اصل المسألة بنحو ما قررناه هذا اذا لم يتعرضا
لقبض الدار اما لو قالا ورثناها وقبضناها ثم غصبها منا فالاقرب انه كذلك ايضا يشتركان فيما يقبضه المقر له منه
لان ايجاب الارث الشيوع وهو لا يختلف وهو احد قولي الشافعي ويحكى عن ابي حنيفة ومالك والقول الآخر لهم انه
لا يشاركه لان التركة اذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضا لحقه وانقطع حقه عما في يد الآخر ولهذا يجوز
ان يهلك الغصب على نصيب احدهما خاصة بان تزال يده فان المغصوب لا يكون مشتركا بينهما لكن في ذلك بعد ان
عن الشهيد والمحقق ما سمعت من انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقا وعن الآخر منهما الفرق
بين الصلح قبل قبض التركة وبعده قال وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا من اعيان التركة
او باعه اما الصلح فينبغي على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حصته منه هل يختص بالعوض ام لا والظاهر الاختصاص
لان الذاهب لا يخرج عن كونه حقا له والصلح لم يقع على عين خاصة حتى يشتركا في عوضها وانما وقع على حصته وهو ممكن
نقله بعوض وغير عوض فالبحث السابق مثله آت في مسألة الارث قبل القبض وبعده ومما ذكرناه يعلم حكم المدعى
المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان دينا فان قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته
بالصلح وقد تقدم الكلام فيه في باب الرهن ويأتي مثله في كتاب الشركة مزيد بحث والتحقيق ان يقال ان محل كلام
الاصحاب في المدعيين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما وانه ليس لاحدهما احتمال اختصاص عن الآخر بوجه وح

النصف

فاقرار المتشبث بالنصف لاحدهما لم ينفذ في حق المقر له فانه يخصه بعد سبق اقراره لشريكه وانما اقتضاه صدوره هذا
لا يد لاحدهما دون صاحبه فهو في يدهما فيبقى على الارث بينهما بمقتضى اقرارها بقوله كما لو قال من في يده الدار ان نصفها لبسر لي ولا
ريب في اشتراكهما فيه ولحوق النقص لكل منهما بسبب النصف الاخر الذي في يد المتشبث عليه واما على فرض احتمال
اختصاص احدهما بالمقر به دون الاخر الذي يحتمل في حقه انه قد باع حقه من المتشبث او وهبه اياه او نحو ذلك لم
يشارك المقر له وكذا لو ادعى كل منهما في نصفه فحلف احدهما اليمين المردوده دون الاخر وح فما وقع من اول الشهيدين
وتبعه الكركي من احتمال اختصاص المقر له بعض النصف الذي قد صالح عنه المقر قياسا على بيع الشريك حصته
المشاعة التي لا يتصور الاشتراك فيها في غير محله ضرورة مراجعة كلامهم في فرض المسئلة في الصلح عن النصف المتفقين
على اتحاد جهة اشتراكهما فيه وعدم احتمال اختصاص احدهما به فلا يتصور اختصاصه بعوض النصف المعلوم عدم كونه
له وان نصفه وقع منه بيد المتشبث على نحو شريكه ولو فرض وقوع الصلح على وجه ينطبق على نصفه المستحق له في الواقع
الذي لا يتشارك فيه الشريك كان كذلك لكنه يكون خروجا عن موضوع مسئلة الاصحاب التي فرضوا فيها بين اتفاقهما
على سبب الاشتراك وبين اختلافهما فيه وسكوتهما عن ذلك فحكموا بالاختصاص في الاخيرتين دون الاول ومنه يظهر
الوجه في عدم الفرق في المسئلة بين قبض الوارث وعدمه وبين كون السبب الارث وغيره فما وقع من الكركي في خبر الخمس
من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية في غير محله فتامل جيدا ليتبين لك الحال في اطراف المسئلة التي
منها معلومية القاعدة في ان المال المشترك ما يذهب منه عليهما وما يبقى لهما ومنها ان الحصة المشاعة التي هي
للشريك لا اشتراك فيها فاذا الصلح عنها مثلا لم يلحقه الشريك بعوضها ومنها انهم قد ذكروا انه لو اقر بان نصف
الدار لزيد والاخر لي ولشريكي وانكر الشريك كان النصف الباقي بايديهما بينهما على حسب نسبة الربع الى النصف وما
انكر عليهما وان كان المختص بالانكار المقر له بخلاف ما ذكروه فيما لو اقر احد الاخوين بثالث فانكره الثالث فانه يختص
النقصان بالمقر له واما المقر فياخذ نصيبه تاما ولعل السبب في ذلك استناد الاول الى اليد ونحوها التي عفي
على الشريكين بخلاف الاخير الذي يختص الخصومة فيه بين المقر له وبين المنكر كما اوضحناه في غير المقام والله العالم
بحقائق الاحكام ولو ادعى عليه بشيء مثلا فانكر او اقر ولم تكن دعوى اصلا فصالحه المدعى عليه مثلا عما ادعى به
على سقي زرعه او شجره بمائه اي ما يسقي به زرعه وشجره من ماء المدعى عليه قيل والقائل الشيخ فيما حكي عنه
لا يجوز لان العوض هو الماء وهو مجهول فلا يصح الصلح بناء على فرعيته على البيع وفيه وجه اخر بالجواز ماخذه
جواز بيع ماء الشرب اي النهر بتقديره بالمدة بعد المشاهدة بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعيته الصلح للبيع اولا
وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانيا لكونها تؤل الى العلم نعم قد يمنع الصلح على المجهول الذي لا يؤل الى العلم
كالمبهم ومن الغريب منع الشيخ من ذلك مع ان المحكي عنه في س جواز بيع ماء البئر والعين وبيع جزء مشاع منه
وجعله عوضا للصلح ومن هنا قال في لك يمكن ان يكون منعه من الصلح على الشيء المذكور مطلقا كما يدل عليه الاطلاق
والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا مشتركا معينا وانما استحق سقيا لا يعرف
قدره ولا مدة انتهائه ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع ح ولو تعلق السقي بسقيه دائما
لم يبعد الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح قلت قد يقوى بالتسامح في الاول ايضا اذا كان المتحقق
مسمى السقي نظرا الى العرف وان اختلفت افراده اختلافا لا يقدح في مثل الصلح وح فلا يعتبر اشتراط المدة وان ذكره
جماعة ولو الدوام في الصلح على انه لا يرفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض او المعوض اذ ليس الغرض من الاجارة

الكلام في سقي الزرع

بل من

بل من نقل الاعيان المقدرة بنقل ذلك المندرج تحت عمومات الصلح كما عرفته فيما تقدم اما لو صالحه عما ادعى به مثلا على اجراء الماء
من سطح المدعي الى سطحه وساحته اي المدعى عليه او على اجرائه في ساقيته المحفورة لم يخلو عن العمومات ايضا فلا بد من العلم
بالموضوع الذي يجري الماء منه لاختلافه صغرا وكبرا باعتبار قلة الماء وكثرته لكن في لك المراد بعلم الموضوع الموضع
الذي يجري الماء منه ان يقدر مجراه طولا وعرضا لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من
ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض وفيه ان ما ذكره في الصلح عما ادعى به على مجرى الماء لا على استحقاق اجرائه
الذي هو المفروض في المتن ولذا قال في س ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء في ارضه قدر المجرى طولا
وعرضا لا عمقا لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض ولو جعله اجراء الماء في ساقيته محفورة مشاهدة جاز
اذا قدرت المدة قال الشيخ ويكون فرع الاجارة وفي المجرى فرع البيع قال الشيخ ولو كانت الساقية غير محفورة لم يجز الصلح
على الاجراء لانه من استيجار المعدوم ويشكل بامكان تعيين مكان الاجراء طولا وعرضا واشتراط حفره على مالك الارض
او على المجرى ماؤه نعم لو كانت الارض موقوفة او مستاجرة لم يجز ولو صالحه على المدعى به على اجراء الماء من سطحه على
سطح المدعى عليه اشترط العلم به بسطح المدعي وهو كالمصرح فيما ذكرناه ومن ذلك يعلم ما في قول الراي لك انه قد اطلق المص
وغيره حكم الماء من غير ان يشترطوا مشاهدة لين نبع المطر ولا باس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان
ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره فمعرفته تكون بمعرفة محله ضرورة انك قد عرفت فرض مراد المص الذي لا ترتفع
الجهالة عنه بالعلم بالموضع الذي يجري الماء منه فانه كاف في دفع الغرر ثم قد يناقش في اصل اعتبار ذلك لعمومات
الصلح ويتولد من الجهالة التي والغرر ما لا يقبله غيره وعلى كل حال فاذا وقع السطح او احتاجت الساقية الى اصلاح
وجب ذلك على المالك لتوقف الحق عليه وليس على المصالح الذي له حق الاجراء مساعدته والله العالم واذا قال المدعى
عليه صالحني لم يكن اقرارا لانه قد يصح مع الانكار كما عرفته فيما تقدم خلافا لبعض العامة فجعله اقرارا بناء على عدم
صحته الا معه وهو كما ترى اما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا في عدم كونه ملكا له لاستحالة طلب تحصيل الحاصل نعم
هو ليس اقرارا بكونه ملكا للمخاطب الذي طلب منه ذلك لاحتمال كونه له او لابنه او غيرهما فيصح على اصالة
عدم ملكه وح فلو اقر به لغيره لم يكن رجوعا مقتضيا للضمان اللهم الا ان يدعى دلالة العرف على كونه ملكا له فيترتب
عليه ح الحكم المذكور ضرورة كونه المتبع في نحو ذلك ولولاه لامكن المناقشة في اصل الاقرار بطلب البيع لاحتمال
ارادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطا فانه يؤثر ملكا له في الواقع وان كان محكوما بكونه له في ظاهر
الشرع والله العالم ولو صالح اجنبي المدعي عن المنكر صح عينا كان او دينا اذن او لا لانه في معنى قضاء الدين ولكن
عن المط انه يرجع عليه ان دفع المال باذنه سواء صالح باذنه او لا والا فلا رجوع لانه متبرع وقد يشكل الرجوع
بما اداه ولو باذنه مع كون الصلح بغير اذنه باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للاجنبي فلا عبرة بالاذن اذا كان قد
صالح ليؤدي هو بل وكذا لو صالح مط نعم لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضوليا ولو صالحه لنفسه
لا عن المنكر صح وانتقلت الخصومة اليه لكن في س ان تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ لعدم سلامة
العوض وفيه تامل نعم لا ريب في صحة ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح او لا على الاقوى
ولو ادعى الاجنبي انه وكيل المدعى عليه في الصلح فصالحه المدعي صح فان انكر المدعى عليه وكالته حلف ولكن له
اجازة العقد بعد حلفه وقبله والله العالم وكيف كان فيتلخص بذلك احكام النزاع في الاملاك لنوع من الاعتبار
الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع على انه ربما يذكر الصلح في بعض افراده ولم يلحظ ذلك في س فجعله كتابا

في الاقرار والانكار

مستقلا سماه بكتاب تزاحم الحقوق والامر في ذلك سهل وعلى كل حال فهي مسايل الاولى لا خلاف ولا اشكال في انه يجوز
اخراج الروشن والاجنحة ونحوها الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة ولم يعارض فيها مسلم للسيرة
المستمرة في ساير الامصار والاعصار من زمن النبي صلى الله عليه وآله الى يومنا هذا وقد وضع هو ميزابا للدار عمه العباس بل هي كذلك
من غير حاجة الى الاذن من حاكم ولا من غيره سواء قلنا بكون الهواء ملكا للمسلمين او بنائها على الاباحة الاصلية
فما عن احمد منا اعتبار اذن الامام في وضع الجناح في غير محله بل هو كذلك لو عارض فيها مسلم على الاصح لعدم ثبوت
حق له في المعارضة لما عرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك وعدم الالتفات الى المعارض
خلافا للمحكي عن الخلاف والمطالب من انه لكل مسلم منعه لانه حق لجميع المسلمين ولانه لو سقط شيء منه ضمن وهو يدل
على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك القرار فلا يملك الهواء وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت فهو حق يمنعه
معانده لا حوله والضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز كما في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها وجواز الفعل
لا يتوقف على كونه مالكا كما هو واضح نعم يعتبر فيه عدم الضرر على المارة بل في لك وغيرها ان المعتبر ما يليق
بتلك الطريق عادة فان مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح حاملا عادة واعتبر
في التذكرة مروره ناصبا رمحه لانه قد تزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونحاه في س لندوره ولامكان
اجتماعهم مع اماليه على وجه لا يبلغهم وهو اقوى وان كانت مما تمر فيها الابل اعتبر فيها مروره محملا ومركوبا
وعلى ظهره محمل ان امكن مرور مثل ذلك وهكذا يعتبر ما يجري العادة بمروره على تلك الطرق قلت قد يقال ان المعتبر
عدم الضرر حتى في الصور النادرة لان المتيقن من الجواز فيما هو حق للمسلمين كافة والية او ما فيها سمعته من التذكرة
فيعتبر في الطرق كونه على الوجه المزبور وان لم يتفق فيه ازدحام الفرسان والابل والكنايس لانه ربما
اتفق ذلك خصوصا بناء على ان الاصل المنع لتعلق حق المسلمين باجيالهم والمعلوم جوازه من السيرة ذلك لا غيره
نعم لو قلنا ان الاصل الجواز لكونه من مباح الاصل فيقتصر على المتيقن في المنع اتجه ما ذكروه الا ان الاول لا يخلو من
قوة هذا كله في تضرر المارة اما تضرر غيرهم كالجار بالاشراف عليه ونحوه ففي لك وغيره لا عبرة به كما لو وضعه
في ملكه واستلزم الاشراف عليه فان المحرم التطلع عليه لا البناء المشرف عليه خلافا للتذكرة حيث الحق
الاول بتضرر المارة وفرق بينه وبين وضعه في ملكه بان الارتشاح الروشن في الطرق مشروط بعدم التضرر
لان الهواء ليس ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان التصرف في ملكه كيف شاء وان استلزم الاشراف على
الجار او الطلة عليه وانما يمنع من الاشراف لا من التعلية المفضية الى ذلك الى ان قال ولست اعرف في هذه المسألة
بالخصوص نصا من الخاصة ولا من العامة وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ورده بعضهم بان المعتبر عدم الاضرار باهل
الطرق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق اما غير ذلك فلا دليل على المنع منه بل قد عرفت انه لا عبرة بضرر
غير المعتاد سلوكه فضلا عن غير المار فهو كمن احدث بناء في مباح استلزم الاشراف عليه وتقييد العلامة
وغيره الضرر بالمارة دليل على ذلك وانما هو الضرر في هذا النوع خاصة قلت يمكن ان يكون بناء العلامة ما ذكرناه
من ان المسلمين باجيالهم الطرق جدارهو وقراره وهواه ملكا لهم جميع فلا يجوز لاحد منهم التصرف فيه بغير اذنهم او اذن وليهم
الا ان السيرة جرت على فعل ذلك والمتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره اما الخالي عن ضرر
الاستطراق خاصة دون غيره فلا سيرة عليه فيبقى على اصل المنع اللهم الا ان يدعى كونها كذلك لكنه كما ترى واما
عمل السرداب في الطرق النافذ اذا احكم ازجه ولم يخرج الطريق من جهتها بحيث يضر بالمارة فقد صرح غير واحد بجوازه

في الروشن والاجنحة

للسيره ايضا نعم لا يجوز ذلك في المرفوع الا باذنهم وان احكم ومثله الساباط من الماء وان لم يكن لها رسم قديم لكن الفاضل منع
من عملها في النافذ وان احكم الاتيح عليها اما لو عملها بغير اذنهم فانه يمنع منها اجماعا كما في س ويجب ازالتها ولو تضرر
الجار بالسرداب او الساباط فالظاهر ان البحث السابق فيها ولا يجوز احداث دكة فيه ونحوها على باب داره و
غيرها لاهل الدرب وغيرهم نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها في النافذ الزائد على المقدر شرعا عنه وفيه ان الزائد
بعد احياء المسلمين له ربما بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة الى ذلك ولعله لذا قال في س اتسع الطريق
او ضاق لان احياء الطريق غير جائز اذ هو مشترك بين مارة المسلمين فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك بينها
وكذا لا يجوز له الغرس فيه وان كان هناك مندوحة لان الزمان قد يصطدم ليلا ويزدحم فيه الى ما يرد ليلا
ولانه مع تطاول الازمنة ينقطع اثر الاستطراق في ذلك ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك كالروشن والساباط
ويضعف بانها في الهواء بخلاف الدكة والشجرة وعلى كل حال فلو كانت الرواشن والاجنحة وما شاكلها مضرة وجب
ازالتها على الواضع الناصب وعلى كل قادر على دفع المنكر ولو كان ضررها بان اظلم بها الطريق على وجه ذهب الضياء
منه اصلا فانه لا خلاف ولا اشكال ح في انه يجب ازالتها بل في لك الاجماع عليه بل وكذا اذا ذهب على وجه
وجوب الازالة
تضرر المارة ولو ضعيف البصر منهم ولو ليلا لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز فما عن التنقيح من اطلاق عدم تاثير
الظلمة في المنع في غير محله اللهم الا ان يريد ما لا ضرر فيها على المارة فان وجود ما سببها ظلمة من اللوازم وقد عرفت
السيرة مع ذلك على فعلها كما لا خلاف في انه يجوز فتح الابواب المستجدة فيها اي الطرق النافذة سواء كانت لها باب
اخرى اليها او الى طريق مرفوع ام لا لما عرفت من ان المسلمين في ذلك شرع سواء ولا يقدح في ذلك صيرورة كمرفوعة
نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور لان ذلك انما يجب بوجوب نفوذ داره لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد دخول
دار الا باذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق بل لو فرض تحققه لا باس به اذ هو للاصل وغيره هذا كله في الطرق النافذة اما
الطرق المرفوعة وهي التي لا ينتهي الى طريق اخر ولا مباح بل الى ملك الغير فهي ملك حقيقة لاربابها الذين لهم ابواب
نافذة اليها دون من يلاصق داره ويكون حائطه اليها من غير نفوذ فلهم سدها عن السكة والارتفاق بها
٢ فمنع
كغيرها من املاكهم ولهم قسمتها فيما بينهم وادخال كل منهم حصته الى داره خلافا لبعض الشافعية فمنع من سدها لان
اهل الشارع يفزعون اليها اذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها وضعفه واضح كما انه لا يجوز لاحد من غير اربابها
احداث ساباط ولا باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن اربابه سواء كان مضرا ولم يكن لانهم مختص بهم وكذا ليس لبعضهم
ايضا ذلك الا باذن شركائه لكن على بحث ستسمعه الحال فيه انشاء الله بلا خلاف اجده في شيء من ذلك بل كان اجماع خلافا
لاحد قولي الشافعية من انه لا يجوز لغير اهل السكة ذلك مط واما هم فيجوز لكل واحد منهم اشراع الجناح والروشن
وغيرهما اذا لم يتضرر بالمارة لان لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها فكذا هواؤها كالشوارع وفيه بعد وضوح الفساد
عندنا امكان الفرق بحصر اهل الطرق المرفوعة دون الشوارع فاعتبر اذن الاولين وعومل معاملة الدار ونحوها
من الاملاك بالنسبة الى ذلك وان لم يتضرر بخلاف الشوارع التي لا حصر لاهلها وجرت السيرة على التصرف فيها بما ضرر
فيه على استطراقهم فلكهم لها على هذا الوجه ولولا هذه السيرة ونحوها لما عن المقدس الاردبيلي من الوسوسة في ملك
ارباب الطرق المرفوعة لاهلها في غير محله لا لما في الحدائق من ان التصرف دليل الملك ولكن في الشوارع لما لم
يكن المتصرف متعينا لم يترتب عليه الملك بخلاف المرفوعة اذ هو كما ترى بل لما عرفت من ان الطريق المرفوع ان كان
لبعض ملكهم اخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلا اشكال وان كان من المباحات فقد احيوه وحازوه على هذا

الوجه الخاص بهم ضرورة كون احياء كل شيء بحسب حاله وهذا وان اقتضى كون الشارع ملكا للمسلمين باعتبار ان هذه
الحيازة التي ليست من معين بل المعين سلكه اتم على العموم يقتضي ذلك ايضا الا انه للسيرة المستمرة في العمل في الاعصار و
الامصار حمل ذلك على الوجه المزبور من غير رجوع اذن الى حاكم الشرع بل ليس له ولا لغيره من المسلمين المنع مع فرض
عدم تضرر المارة نعم قد يقال باقتضاء السيرة والطريقة جواز الدخول فيها والجلوس مع فرض عدم تضرر اهلها وعدم اعتبار
المساواة في استطراق ارباها فلاثة واكثر منه او من اتباعه والمتردد من اليه بل قد يقال بحصول الاذن شرعا وان
كان فيهم مولى عليه من طفل او غيره بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم لكن في س يجوز للاجنبي دخول السكة المرفوعة
بغير اذن اهلها عملا بشاهد الحال والجلوس غير المضر بهم ولو نهاه احدهم حرم ذلك وفي لك ومما يدخل في المنع من التصرف
في الموضع بغير اذن اهلها المرور فيها والجلوس فيه ما تقدم من الملابسة الا ان في الاكتفاء فيه بشاهد الحال فلو منع
احدهم حرم اما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا اذن الجميع لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنه
وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر بهنا ولهم شاهد الحال وكذا الناضل في التذكرة ويمكن
ان يدعى شاهد الحال تلك الاذن الشرعية وظاهرهم الحرمة بمنع احدهم وان اذن لمن اراد دخولها اليه بل وان كان
من اضيافه واتباعه بل مقتضى ذلك ان لبعضهم منع الاخر ايضا الى غير ذلك من الاحكام المترتبة على التركة الحقيقية المعلومة
بالسيرة خلافها والله العالم وكذا لا يجوز لغير اهلها بل واهلها ايضا لكن على التفصيل الاتي لو اراد فتح باب للاستطراق
فيه بلا خلاف اجده فيه دفعا للشبهة الحاصلة منها على مر الزمان فانها امارة على استحقاق الاستطراق وبذلك فرق
بينها وبين رفع الجدار الجائز له قطعا الذي لا امارة فيه لكن قد يقال ان ذلك كذلك الا انه لا دليل على جواز منعه بذلك
فان لك التحرز بدفع ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدة لمثل ذلك وليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب
تركه ومن هنا لا خلاف في انه يجوز فتح الروازن والشبابيك اليها بل الى دار الجار للاستضاءة بها او لغيره مما لا يحرم
عليه مع عدم الاذن بل مع النهي لعموم تسلط الناس على اموالها نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه وان منع الضوء
وكيف كان فتح اذنهم في كل ما عرفت منعه فلا اشكال في الجواز ولا اعتراض لغيرهم الخارج عنهم فانه لاحق له وما
سمعته من بعض الشافعية واضح الضعف ولكن الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع عن ذلك بل يبطل با
لموت والخروج عن التكليف بالجنون والاغماء ونحوها نعم في التذكرة له الارش للسببية في تلاف المال على
اشكال ولعله لامكان منع التسبيب بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها اللهم الا ان يق
انه لم يعلم جواز الرجوع بها للقاعدة المزبورة ولو صالح من له حق منه منهم على احداث روشن مثلا فيه والقابل
الشيخ لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع والصلح فرعه وفيه تردد بل منع اذ المقدمتان ممنوعتان للعمومات
خصوصا وعمومات الصلح المقتضية جوازه فان قلنا بعدم افراده في البيع لكن في س اما الوصول فجوابه على جواز الصلح
بعوض فانه لازم مع تعيين المدة وان كان بغير عوض بني على اصالة الصلح او فرعيته للعارية وفي التذكرة لو صالح
واضع الروشن او الجناح او الساباط ارباب الدروب واصحاب السكة على وضعه جاز على الاظهر عندنا لكن
الاولى اشتراط زمان معين وفيه منع اعتبار المدة في الصلح عنه الا ان يريد نقله نفسه اليه نعم لا اشكال في
اعتبارها لو اريد منه القائم مقام الاجارة مثلا ولو فرض الاذن منهم على انشاء التمليك له مجانا او بعوض
ملكه ولكل حكمه ضرورة كون الفضاء ملكا كسائر الاملاك فيجري عليه جميع احكامها والله العالم ولو كان
للانسان داران مثلا باب كل واحد منهما الى زقاق غير نافذ جاز ان يفتح بينهما بابا فضلا عن النافذ بل يجوز

في باب الاستطراق

فتح

بينهما

فتح باب دار الشارع الى دار السكة فضلا عن العكس كل ذلك للاصل وقاعدة التسلط ولو ثبته من دفع الجدار الحايل
وجعلهما واحدة الجايز له اجماعا في جامع صك وقولا واحدا في التذكرة فما عن بعض العامة من عدم الجواز لانه يثبت له
حق الاستطراق في درب مملوك لدار لا حق لها فيه ولانه ربما ادى الى ثبات الشفعة لو بيعت بعض دور احدى
الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها بذلك
مع الكثرة وفيه ان فتح الباب لا يوجب حقا للدار في الطريق الاخر وانما اباح الانتقال من داره الى داره الاخرى
ومنها الى طريقها فيما الكون الثاني والدار الذي هو فيها لا الاولى وح فكل دار على ما كانت
عليه من استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى وان جاز الاستطراق لكن ينبغي ان
الفتح المزبور وان لم يفد الحق المذكور الا انه يورث شبهة في الاستحقاق نحو الباب المفتوحة لغير الاستطراق الذي
قد سمعت تصريحهم بالمنع منها اللهم الا ان يمنع ولا لبنها على ذلك بخلاف فتح الباب في الطريق وعلى كل حال كما في س
عن ظ الشيخ اشتراك اهل الزقاقين في الدرب من الجانبين فيتطارح شفعة كل منها بالكثرة او تثبت بناء على
ثبوتها معها لاوجه لها ولعله الى ذلك اشار في القواعد بقوله ولو كان له داران متلاصقتان في دربين فرفع
فتح باب بينهما وفي استحقاق الشفعة ح نظر وان اكثر في جامع صك نحو الاحتمالات فيهما والله العالم ولو احدث
الاجنبي او بعض اهلها في الطريق المرفوع حدثا على غير الوجه الشرعي جاز ازالته لكل من عليه استطراق من غير
فرق بين المضر وغيره وبين كونه في الهواء كالروشن او في الارض كالدكة ولا بين وقوعه باذن بعضهم وعدمه
بل لو بقي واحد بغير اذن كان له الازالة بل وللاذن ذلك ايضا لقاعدة التسلط واذن بعض الشركاء لا يجدي في المال
المشترك ولو كان في زقاق بابان مثلا احدهما ادخل من الاخر فصاحب الاول يشارك الاخر في مجازه وينفرد الادخل
بما بين البابين على المشهور بين الاصحاب كما في لك لان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا
يشارك الداخل بخلاف قول بشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها اي اسفلها لاحتياجهم
الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال ولان انفصال نهوض الخارج على نفس ما يخرج عن بابه امر بعيد
بل متعسر والمتعارف الاحتياج الى ازيد من ذلك ولظهور اتحاد جميع اهل الدربية في اليد عليها اجمع حتى الفضلة
التي تكون فيها فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب غير جيد ولعله لذا قوى في س الاشتراك في الجميع كما ستسمعه
انشاء الله وعليه يتضح الوجه في الحكم باشتراك الفضلة بينهم فيما لو كان في الزقاق فاضل الى صدرها اي اسفلها
وتداعياه او لم يتداعياه فيها اذن بينه سواء لما عرفت من كونه جزءا من الطريق الذي بيدهم جميعا عليه بالاستطراق
او غيره من وجوه الارتفاق على وجه لا اولوية لاحدهم على الاخر واحتياج الداخل الى استطراق ما بين البابين الداخل
الى داره يقتضي اختصاصه بذلك بعد ما عرفت من مشاركة غيره في الارتفاق به وان لم يحتج اليه في الاستطراق
الى داره وح فلا وجه لاشكال ذلك لتوقف الانتفاع بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق
السلوك لانه يترتب على تقدير الفاسد ثبوت يد على الداخل لا مكان ولا الى دفعه بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف
على سلك لم ومع ذلك فيمكن دخول الخارج اليها بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق مع فرض
اشتراكهم في اليد عليها حكم باشتراكها فيما بينهم ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث لا يجوز للخارج دخوله
بذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضلة فان
يدهم فيها سواء اذ لا انفراد لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك اذ هو كما ترى بعد ما عرفت من ان يد الداخل على

نقات الباب

ما بين البابين لا ثاني بدعوى ابتغاء عليه بالسلوك فيه للفضلة او لغيرها من مقامات الارتفاق فالمتجه بناء ذلك
على اشتراك الجميع في الجميع الذي قوّاه في س و يؤمئ اليه ظهور اتحاد كيفية احياء الطريق المرفوع والطريق العام فكما ان اتخاذ
جملة من المسلمين طريقا على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كما فرض لمن لم يستطرقه منهم لانه وقع ممن وقع بعنوان
الجميع كذلك الطريق الخاص الذي اتخذ طريقا خاصا الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه الارتفاق
التي منها الاستطراق الى الدار فكل منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه ولذا كان بينهم اجمع على المذكور ومن ذلك يعلم
النظر فيما ذكره المصنف وغيره من متأخري الاصحاب من انه يجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج وكذا الخارج يجوز ان
يقدم بابه ولكن لا يجوز له اي الخارج ان يدخل بابه الى سفل وكذا الداخل بالنسبة الى الادخل الذي هو خارج با
لقياس اليه فان ذلك كله مبني على اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج فيجوز للداخل اخراج
بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكل ما خرج عنه له فيه حق وله حق التصرف في جداره برفع
اجمع فبعضه اولى بل مقتضى اطلاق المتن وغيره عدم الفرق بين سد الباب الاول وعدمه بل صرح به بعضهم
وان توقف فيه آخر تبعا واقتضاء ذلك تعدد حق الاستطراق الى الدار لكنه في غير محله بخلاف الخارج
فانه لا حق له في الاستطراق الى ما زاد عن بابه فليس له ان يدخلها وان كان ربما اشكل ذلك بانه قد كان له حق
السابق في فتح باب من اي جهة شاء من جداره بل له رفع الجدار اجمع فلا وجه لعدم جواز ادخال بابه لكن قد يدفع
بانه وان كان له ذلك قبل فتح الا انه تشخص حقه بالباب التي استطرقها فله حق الاستطراق من اي جهة شاء
من جداره منتهيا الى تلك الباب دون الادخل منها ورفع الجدار كله لا يقتضي ثبوت حق الاستطراق له من اي
جهة منه بل بناء على انتهاء اختصاصه الى بابه يكون كذلك بعد رفع الجدار ايضا نعم ذلك كله مبني على الاختصاص
والاشتراك المذكور بين اما بناء على ما ذكرناه من اشتراك الجميع في الجميع فالمتجه تساوي الاخراج والادخال من
كل منهم في الجواز وعدمه لتساوي الجميع في الاستحقاق وقد يقوى الجواز بالنسبة الى الاستطراق الذي بناء
المذكور على عدم معارضة احدهم الاخر فيه فيجري في فتح بابه من اي جهة شاء من جداره خارجا عن بابه الاولى او داخلا
بل مع سد الاولى وعدمه لان له حق الاستطراق متحدا او متعددا من اي جهة شاء نعم ليس لاحدهم اخراج روشن او
جناح او ساباط بدون اذن جميعهم لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك فيه على ما عرفت نعم لو قلنا
باختصاص الداخل بما بين البابين اتجه عدم اعتبار اذنه في الجناح والروشن والساباط ونحوها لعدم الحق له
وانما يتوقف على اذن غيره ممن هو داخل بابا ان كان والا لم يحتج الى الاذن اصلا قال في س ولو كان في اسفل الدرب
فضلة فهم مستوون فيها لارتفاقهم بها وقال متأخرو الاصحاب ان ذا الباب الخارج انما يشارك الى موضع
بابه ثم لا يشارك فيظهر ان الداخل يتقدم بما يعني ويحتمل التشارك في الجميع كالفضلة لاحتياجهم الى ذلك عند
ازدحام الاحمال ووضع الاثقال فعلى الاول ليس للخارج حق في المنع من الروشن وشبهه فيما هو داخل منه ويكفي اذن
من له حق فيه وعلى الثاني لا بد من اذن الباقين وهو عندي قوي وهو كما ذكرنا نعم ما ذكره سابقا يخالفه
في الجملة قال واما السكة المرفوعة اي المسدودة الاسفل فلا يجوز احداث روشن ولا جناح فيها الا باذن جميع اهلها
سواء كان فيما سفلها او اعلاها ولا فتح باب ادخل من بابه مع سد بابه او لا ويجوز له اخراج بابه وان لم يسد الاولى
على قول ولو اذن اهل الاسفل في ادخال الباب فهل لاهل الاعلى المنع فيه اشكال من عدم استطراقهم ومن الاحتياج
اليه عند ازدحام الدواب والناس وهو اقوى وقد عرفت انه بناء على الاشتراك يتجه له الجواز في الباب بناء

الكلام في الداخل والخارج

الروشن

على ما سمعت من عدم حق لاحدهم في المعارضة فيه لبناء مثل التركيب فيه على ذلك وانما هو ذلك بالنسبة الى
والجناح وغيرهما اما الفضلة فيمكن ان تكون كذلك ايضا فلكل منهم اخراج بابه منها من غير حاجة الى اذن الآخر بل
مع منعه لكونها جزءا من الطريق الذي قد عرفت اصل وضعه لذلك ويحتمل عدم الجواز الا باذن الجميع لعدم اعدادها
للاستطراق وان انتفعوا بها في غيره اما الروشن والجناح اليها فلا اشكال في الحاجة الى اذن الجميع وبذلك كله بان
ان اطلاق الاصحاب سابقا ان الطريق المرفوع ملك لاربابه وانه لا يجوز لاحد منهم او من غيرهم اخراج روشن او جناح
او ساباط او فتح باب ولو للاستضاءة غير مراد منه ظاهره على جهة العموم بل هو على الاهمال والا لنافاه ما سمعته
من كثير منهم ممن صرحوا بكيفية اشتراكهم وبالفرق بين الداخل والخارج بالنسبة الى فتح الباب وغيره وان كان هو على
مختارنا الذي منه على غيره فما وقع لبعضهم من الاشكال في ذلك حتى ظن التدافع بين كلامهم في غير محله والله العالم
هذا وقد بان لك بتمام ما تقدم سابقا انه لو اخرج بعد بعض اهل الدرب النافذ روشنا مثلا غير مضر بالمارة
لم يكن لمقابله ولا لغيره معارضته ولو استوعب عرض الدرب ما لم يضع منه شيئا على جداره للاصل والسيرة
الكلام في الروشن — المستمرة على معاملته معاملة المباح من غير اختصاص لاهل الدرب في شيء منه من غير فرق بين ما قابله منهم وعدمه
بل صرح غير واحد منهم الفاضل والشهيدان بانه لو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للاول منعه
لانه بمنزلة شرع كالسبق الى القعود في المسجد فقام منه ولم يملك الاول الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية
سبقه اليه فاذا زال الاثر زال ذلك كالقعود في المسجد والسوق بل لو فرضنا ان الثاني اخرب روشن الاول لم يكن له
ازالة ما وضعه الثاني وان كان قد ضمن الارش واكتسب الاثم في الازالة وكذا الكلام في المسجد وشبهه لكن قد
يناقش اولا بصدق الغصب واستصحاب بقاء حقه بل قد يناقش في نحو المقام بانه قد يملك بالحيازة بناء على كونه
مباح الاصل على ما صرح به في ش فيستمر على ملكه وان زال اثره وقد فصلنا في ش الملك في نحو المقام على بسط فلو فرع لو
جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله او فوقه فهل للسابق منعه لم اقف فيه على كلام ومقتضى الاصل عدم المنع
الا ان يقال ان مالك الروشن ملك قراره وهواءه وهو بعيد لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك قلت ينبغي بناء
٧ سقط من الاصل — المسألة على ان الطريق المحيى بالاستطراق يكون ملكا لمن احياه هو مع هوائه فارض الطريق وما تحتها وهواؤها
ملك للمسلمين الا انه جرت السيرة والطريقة على تصرفهم فيه بالاشراف فيه على ما رأيتهم وح فلا يملك ذو الروشن
مثلا شيئا من الهواء بل هو على ملك ٧ وانما له حق اختصاص فاذا زال الاثر زال حقه او ان المسلمين انما لهم حق الاستطراق
فالفضاء والاسفل باق على الاباحة الاصلية يملك من يحوزه ويجري عليه ح حكم ذلك لم اعثر على تحرير لهم لذلك
والذي ذكرناه سابقا الاول وقلنا ان حاله كحال الطريق الخاص في الكيفية بل هو الموافق لقاعدة من ملك ارضا
ملك هواها وقرارها الى عنان السماء وتخوم الارض ولا ريب في ملك المسلمين نفس ارض الطريق بالاستطراق مسبقها
ذلك وح فالمتجه ان للسابق حق اختصاص بسبقه فيه زال اثره زال حقه والله العالم المسألة الثانية اذا التمس وضع
جذوعه مثلا على حائط جاره لم يجب على الجار اجابته عندنا للاصل بل الاصول كما لا يجوز له الوضع بدونها لقوله لا يحل
مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه ولقاعدة عدم التصرف في مال الغير بغير اذنه خلافا لاحمد ومالك بل والشافعي في
القديم وان كان مع شروط من ان له الوضع بدونها بل يجبر مع الامتناع لخبر ابي هريرة عنه ص لا يمنع احدكم جاره
ان يضع خشبه على جداره وافتح الفساد ضرورة وجوب طرح مثل هذا الخبر المعارض لاصول المذهب وقواعده
لكن يستحب اجابته لما ورد من الحث على قضاء الحوائج والتوصية بالجار بل يمكن الحكم بكراهة المنع للخبر المزبور وغيره

جواز الرجوع قبل الوضع

وح فلو اذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعا بقسميه للاصل وغيره بل ظاهرهم ذلك وان استلزم ضررا عليه بفعل المقدمات
من بناء وغيره وبعد الوضع المستلزم نقضه للضرر لا يجوز الرجوع عند الشيخ ومن تبعه لان المراد للمستعير والمعير
التابيد فخرج كالعارية للدفن وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي الى خراب ملك الماذون ولكن مع ذلك فالقول
بالجواز حسن بل هو خيرة الفاضل والكركي وثاني الشهيدين لانه عارية ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو
مقتضى الاستصحاب وقاعدة تسلط الناس وغير ذلك والالحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النبش وكذا العارية
للرهن المقتضي لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف الراهن بخلاف ما هنا فانه لا حرمة على المالك في
خراب ملكه الا انه نسبه في س الى القيل مشعرا بتمريضه واحتمل المنع من النقض بل كانه مال اليه قال ولو استعمله
فوضع قبل جاز له الرجوع لانه عارية ويحتمل المنع من النقض للضرر الحاصل به فانه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم يكون
له الاجرة فيها بعد الرجوع وفي المط لا رجوع حتى يخرب البناء للتابيد والفرض ولو قلنا بالرجوع ففي غرمه الارش
وجهان من استناد التفريط الى المستعير ومن الحوف ضرر بفعل غيره ثم الاصل في هذه المسئلة ما حكاه في التذكرة
عن الشافعية ومحصله خمسة وجوه احدها ان له الرجوع والتخيير بين البقاء بالاجرة والقلع بالارش قال فيها
وهو اظهر قوليها والثاني ان له الرجوع والقلع بالارش واما البقاء بالاجرة فمتوقف على رضاها وهو خيرة ثاني
الشهيدين والمحققين واستحسنه في المتن بذلك الثالث انه له الرجوع ولا يجوز له النقض وانما له الاجرة حاصر
ومال اليه الشهيد في س الرابع ان له الرجوع والقلع مجانا الخامس ان له ليس الرجوع بمعنى انه لا يستفيد به جواز قلع
ولا اجرة وهو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه بل هو ظ المص ولا ريب في فوة الرابع بناء على ان له الرجوع ضرورة
كون المنشأ في ذلك على تقدير القول به انه حكم هذه العارية حكم غيرها من العواري التي يعتبر في بقائها استدامة
الاذن مع فرض انقطاعها ببطل حكمها فيبقى وضع بلا اذن والضرر اللاحق بالقلع انما يجيء من خطاب الشرع له
بتخليص ملك الغير ودفعه عنه وبذلك لا يعد كون المعير متلفا لا مباشرة ولا تسبيبا كي يتجه ضمانه الارش
خصوصا بعد اقدام المستعير على الوضع بالاذن المفروض جواز الرجوع فيها فلا غرور منه بل وجوب الارش
انما يتجه مع فرض ثبوت حق للمستعير في البقاء والذي قد فرض عدمه باعتبار ارتفاع استمرار الاذن الذي هو
السبب فيه ومنه يعلم ما في القول بان له الرجوع ولكن لا يجيز له النقض وانما له الاجرة فانه لا حق له بعد فرض
انقطاع الاذن المفروض ان دوامها هو السبب في البقاء فلا حق له في البقاء كي يجب على المستعير اعانته
وقاعدة الضرر قد عرفت ما فيها على ان الضرر الحاصل على الغير بسبب تفريغ الملك المخاطب به شرعا لا دليل على
الضمان به بل الاصل يقتضي عدمه والا لاتجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدمات
من بناء ونحوه فلا محيص عن المجانبة ح مع فرض ان له الرجوع نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار
ان العارية المبنية على الدوام سببها ابتداء واستدامة انما هو الاذن الاولى التي لا يتصور فيها رجوع بعد
صدورها بل يكون ح الرجوع فيها كالرجوع بالاذن فيما مضى من العارية وهذا معنى قول الشيخ لان المراد الدوام والتأبيد
ومحصله ان عارية الدوام عرفا هكذا وقد شرعها الشرع للعارية على هذا الوجه وهو معنى لا ينافي كون العارية
من العقود الجائزة المعلوم ارادة ما كان استمرار الاذن فيها هو المقتضي للبقاء لا ما كان فيها علة الدوام والابتداء
واحدة وهي الاذن الاولى التي لا يتصور فيها رجوع ولعل من ذلك العارية للدفن لا لان النبش محرم فان حرمة النبش لا تنافي
جواز الرجوع المقتضي لتغير الاجرة ح وكذا اعارة المكان للصلوة التي يحرم الابطال على الداخل بها كما ان من ذلك يتجه

عدم

عدم انفساخها بالاغماء او الجنون للمعير او المستعير بل والموت وانتقال الدار الى وارث او مشتر اخر ونحو ذلك الذي
لا يخفى ما في دعوى التزام الانفساخ بذلك كله وحصول ح مع دعوى وجوب الارش او الاجرة ح او الاذن الجديد
من المستعير فان دعوى وجوب الارش على المعير بانفساخ العارية بجنون المستعير مثلا ان لم ياذن جديدا مما لا يليق شمها
من له ادنى رائحة في الفقه بل قد يقال ان قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضي لزوم العارية على المعير
باعتبار امره واذنه في ذلك بترتب الخطاب الشرعي وهو حرمة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك مثل العارية للرهن
الذي تعلق حق الغير به واندرج تحت ما دل على لزوم الرهن الذي لا ينافيه جواز الرجوع بالعارية من حيث نفسها
لا اذا نافاها امر خارج عنها وكالاذن بالدخول في الصلاة الذي يترتب عليه حرمة الابطال ثم قبل فانه يحقق
وتدبر والله العالم ثم ان الارش على تقدير وجوبه هل هو نقص الان الوضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب
وجهان ينشأ ان من كونه بهيئته حقا للبانية فيجبر بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان ذلك هو نقص مالية
ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه انما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب
اتلافه وفواته ولكن لا يخفى عليك قوة الاول لان جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك
الملك انما اثر جواز النقض لا لا اشتراكه في المالية بل قد يقوى ان المتجه ضمانه ارش كل ضرر يحدث في ملك المالك بسبب
النقض المذكور فتدبر والله العالم هذا كله في الرجوع قبل انتهاء امده اما لو انتهى فانهدم لم يعد الطرح الا باذن مستانف
لانقطاع حكم الاذن الاول بانقطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الاذن فيه ولكن فيه قول اخر محكي
عن الشيخ وهو انه ان اعاده بالهيئة الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان اعاده بغيرها
كان له منعه وفيه ما لا يخفى من انقطاع مقتضى الاذن الاول فليس له العود بدون الجديد فضلا عما لو منع ودعوى
ان الاذن الاول قد اقتضت الدوام على الوجه المذكور يقتضي كونها في صنف الوضع وان تعددت اشخاصه واضح
المنع بل مع فرض التصريح بها لا يثبت ذلك وان قلنا بان عارية الدوام لازمة لكن يقتضي انها بالنسبة الى ذلك
الشخص لا الصنف وكذا العارية للغرس والبناء ونحوهما نعم لو فرضنا انهدامه بهدم هادم لا بانتهاء عمره امكن
تخريجه على مذهب الشيخ كما انه يمكن ان يكون كلامه في غير ما نحن فيه من ان واضع الجذوع الذي لا يعلم كيفيته يحكم
باستحقاقه ذلك حتى يعلم كونه عارية ضرورة ظهور تصرفه في استحقاقه ذلك فيتجه ح وجوب بناء الجدار على
المالك لو فرض انهدامه مقدمة لحصول حق الوضع هذا ولكن في المسالك بعد ان ذكر خلاف الشيخ قال لكن الاصحاب
لم يذكروا هنا خلافا ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم
يكن له الاعادة الا باذن مستانف ولم يتردد في ذلك فاطرحوا قوله الاخر وهو قول لبعض الشافعية كما ان القول
الاخر لهم فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب والله العالم ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر الخشب
ووزنها وطولها او بناء هدمها ولو لكون الصلح في انشاء الوضع للاختلاف في ذلك بل ذكر غير واحد انه لا بد
مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة لكونه ح هنا كالاجارة وفيه منع اعتبارها لعموم الصلح فيصح ح بقصد الدوام بل
يمكن ان يريد من اعتبارها ما يشمل قيد الدوام خصوصا بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي بل قد يقوى بعدم الحاجة
الى معرفة طول الخشب ووزنه وعدده لما عرفت من عدم ثبوت ما نعيته ما عدا الابهام من الجهالة المزبورة بل والمرجع
ح في ذلك الى ما يحمله مثل الحائط المزبور كما ان ذلك هو المرجع في الاجر واللبن بل وكذا لو كان الصلح على بناء زيادة
على حائطه فلا يفتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن خلافا لبعضهم فاوجبه لاختلاف الغرض باختلافها وفيه انه لا دليل على

الاذن المستأنفة

ذكر الخشب

مانعته مثل ذلك هذا كله في الوضع على حايط مملوك اما لو كان موقوفا بحيث لا يكون له مالك مخصوص كالمسجد وشبهه لم
يجز لاحد البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعا وليس له الاذن بغير عوض قطعا ايضا اما معه وفرض المصلحة ففيه
وجهان اجودهما في ذلك العدم وقواه في س لانه تصرف في الوقف بغير ما وضع له ولانه يثمر شبهه وكون الانصاف
عدم خلو الاول عن قوة ولو كان الوقف خاصا جاز للناظر والحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون فيمضي عليهم وليس
لاهل البطن الاول ذلك لما فيه من الغرر على البطون المتاخرة الذي يندفع بعدم اجازتهم فيما بعد كما هو واضح المسئلة
الثالثة لو تداعيا جدارا بين ملكيهما مطلقا ليس لاحدهما يد اختصاص عليه ولا بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه
على ما تقتضيه يده من النصف فان نكل احدهما كان الجميع للاخر ان قلنا يقضى بالنكول والا احلف وصار الجميع له
وفي التذكرة هو اي النصف لهما وفي احد وجهي الشافعي انه يحلف كل واحد منهما على الجميع لانه الذي ادعاه قال في التذكرة
وعليه فاذا حلف الحاكم احدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الاخر عليه ايضا فاذا حلف قسم الجدار بينهما لعدم الاولوية
فان نكل الاخر بعد حلف الاول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين اخرى ولو حلف الثاني على النصف بعد امر الحاكم
له على الحلف بالجميع ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان وعلى الاول يكون النصف بينهما مع احتمال انه للناكل
خاصة وان قال في جواب الحاكم قبل الحلف اني لا احلف الا على النصف كان في الحقيقة مدعيا للنصف وهو لا يقول
المص بمن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو كما ترى في موافقة الشافعي اللهم الا ان يريد انه مع نكوله يحلف يمينا واحدة
على الجميع قائمة مقام اليمين المردودة وعين الانكار ولكنه كما ترى ايضا وعلى كل حال فان حلفا او نكلا قضي به بينهما لعدم
الترجيح واس الجدار يتبع من يكون الجدار له اختصاصا او اشتراكا فلو تنازعا فيهما واقام احدهما بينة بالجدار
فهو ذو يد في الاس وكذا الشجر مع المغرس وذلك لان كون الجدار حائلا بين الملكين امارة على اشتراك اليد لا
دلالة على اشتراكهما في الاس والمغرس فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت به وكيف كان فهذا كله اذا لم يكن لاحدهما
يد اختصاص اما لو فرض بان كان متصلا ببناء احدهما اتصال ترصيف بتداخل الاحجار واللبن فيه وفي حايطه
المختص به كما يظهر ذلك في الزوايا او كان لاحدهما عليه قبة او سترة في تربيعه او علو او شبكة او نحو ذلك دون
الاخر كان القول قوله بيمينه مع فقد البينة لصيرورته بذلك صاحب يد نعم لو اتصل بهما معا او كان البناء لهما او
اختص احدهما بصفة والاخر بالاخرى فاليد لهما حتى لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الاخر اذ لا اثر لزيادة اليد
في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكلا الى تمام ما عرفته سابقا ولو بني الجدار على جذع داخل طرفه في بناء
احدهما ففي التذكرة كان بذلك صاحب يد ونظر فيه في س بانه كالاس او كالجزء قال ولو اتفقا على ملكية الجذع
لصاحب الجدار المولج فيه فاحتمال الاختصاص اقوى ولو كان لاحدهما عليه جذع او جذوع قيل والقايل الشيخ لا
يقضى بها لجريان العادة بالتسامح للجار في ذلك بل قد سمعت ان مالكا واحمد لم يجوزا منعه للخبر المذكور ولدلالة
كونه بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما فوضع الجذوع من احدهما زيادة تشاع كاختصاص احد الراكبين الساكنين بزيادة
الامتعة بل قد سمعت ان زيادة التصرف لا تقتضي الترجيح بعد الاشتراك بما يقتضي كون اليد لهما وقيل يقضى بها
لانها مع اليمين وهو الاشبه باصول المذهب وقواعده لانها تصرف دال على الاختصاص بالملكية على وجه لا ينافيه
التسامح المزبور ما لم يعلم ولم يمنع ولانه كونه بين ملكيهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه السابقة
كما في ذلك فالوجه فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ويبقى الاخر خاليا ويكون حكمه حكم ما سلف مما ذكرنا من المرجحات ولو
جامعها اعتبر ما فصلناه وفيه انه لا اشكال في كونه يدا لهما كما اعترف به هو سابقا ولذا لو ادعاها اجنبي كان

كلام في التداعي

الحلف النكول

للزوك

العرف تولهما بجنبهما نعم هي يد لانها وضع ما يدل عليه الوضع عادة من الاختصاص [2] لا مثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم
بها لها عدم ما يقتضي الاختصاص عادة ويمكن ارادة ذلك نعم لا ترجح دعوى احدهما بالخوارج التي في الحيطان كالكتابة
والتزيين والوجه الصحيح من اللبن لو بناه بانصاف اللبن والروازن والطين لامكان احداثه له من جهة من غير شعور
صاحب الجدار كما في المسالك بل منها دخله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر هي مناف [7]
لاصالة الصحة في تصرف المسلم بل العدم ولانها عادة على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك اذ الروزنة ونحوها
انما تصنع غالبا لبيان الاستحقاق في الجدار لا استحقاقا فتوضح لا فرق في ذلك بين احتمال الحدوث وعدمه في عدم قطع
يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجح عليه ما يدل على الاختصاص ولو بامارة ظنية شرعية نعم ولو اختلفا في خص
بالمعظم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين قضي لمن اليه منها معاقد القمط بالكسر ابو جمع قماط وهي
شداد الخص من ليف او خوص او غيرهما لصحيح منصور بن حازم المروي في الكافي والتهذيب عن ابي عبد الله ع
سألته عن خص بين دارين فذكر ان عليا ع قضى لصاحب الدار الذي من قبله القمط ورواه ايضا في الكافي
بسند اخر صحيح او حسن عنه الا انه قال في حظار وكذا الصدوق الا انه قال فزعم [illegible] وذكر المعتضد بخبر جابر
جابر عن ابي جعفر ع عن ابيه ع عن جده عن علي ع انه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال ان الخص للذي اليه
القمط وبالعامي ان قوما اختصموا الى رسول الله في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه
معاقد القمط ثم رجع الى النبي ص فاخبره فقال اصبت واحسنت وبفتوى المعظم من الاصحاب فما عن قول الشافعي
من الحكم بعكس ذلك في غير محله وكذا ما عن ابي حنيفة من عدم الترجيح بذلك بل عن المصنف في النافع نحو ذلك قائلا
انها قضية في واقعة فلا يتعدى الحكم وح فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين نعم قد يقوى انه لا يتعدى منها الى
سائر وجوه الترجيح بل يقتصر عليها في كل خص واما غيرها فلا بد من الترجيح بالامارة العادية في رفع يد الاشتراك
والله العالم المسألة الرابعة لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة
ولا غير ذلك من التصرف الا باذن شريكه بلا خلاف ولا اشكال لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا وشرعا
من غير فرق بين المضر وغيره بل في التذكرة لا يجوز اخذ اقل ما يكون من ترابه ليترب الكتاب نعم استثني له ولغيره
الاستناد اليه واسناد المتاع ونحوه مع فرض عدم الضرر وكذا الجدار المختص عملا بشاهد الحال كما في س ولانه منزلة
الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره مع انه صرح في لك تبعا للتذكرة بجواز ذلك ايضا مع منع المالك والشريك
لانه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه لكن في س هل لصاحب الجدار منع المستند والمستظل اذا كان الجلوس مباحا
الاقرب المنع مع عدم الضرر ومنه يعلم ان الجواز للاذن الشرعية لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال فلا فرق
ح بين ملكه لمولى عليه وغيره للسيرة المستمرة الا ان الانصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع لا مطلقا لان
الناس مسلطون على اموالهم اللهم الا ان يقال ان في المنع من ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الاملاك وفي الطرق
النافذة وغيرها عسرا وحرجا على ان الانتفاع بالفضاء المملوك مثلا لا يتم الا بالمماسة للجدار والامتناع عن بعضه
مقدمة ليس باولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدمة هذا وفي لك وموضع من الخلاف ما اذا كان الجلوس للمستند
والا لم يحرم اجماعا وكان مراده ما سمعته من س من اعتبار اباحته لا كونه ملكا له كما ان ذلك ربما يكون شاهدا
لما ذكرناه والا فلا تلازم بين حرمة الجلوس وحرمة الاستناد واللبس وكذا ما فيها ايضا من انه لو بنى الشريك في ملكه جدارا
متصلا بالجدار المشترك او المختص بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للاخر الاعتراض عليه ولو الجئ ثقله عليه

٢ وما قدمناه سابقا من عدم الفرق بين الاتحاد والتعدد انما هو في يد الاختصاص

٧ اذ

التزيين

الاختلاف

ولا غير
لم يجز بدون اذنه فانه ايضا مبني على ما ذكرنا نعم ليس له حل شيء من الانه حجرا كانت او اجرا او لبنا ولا الكتابة عليه
ذلك وان سلم من مظنة الضرر لقاعدة حرمة التصرف في مال الغير السالمة عن معارضة السيرة والعسر والحرج وما في س
من تعليل حرمة ذلك بانه تصرف في ملك الغير بما هو مظنة الضرر موهما اعتبار ذلك في الحرمة في غير محله والامر

انهدام الجدار وعمارته

سهل ولو انهدم الجدار او استهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته بلا خلاف ولا اشكال للاصل وقاعدة السلطنة
بل الاقوى توقف عمارته من الشريك خاصة على اذن الآخر لذلك ايضا خلافا لبعضهم فجوزه لانه نفع واحسان
وحكاه في س عن الشيخ ولعله الظ من قواعد الفاضل وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز والآخر فرق بين اعادته بالالة
المشتركة فلا يشترط رضاه وبين اعادته باله من عنده فيشترط لبقائه شريكا على الاول بخلاف الثاني وفيه
ما عرفت ايضا وفي س ولو بناه احدهما بالالة المشتركة كان بينهما وفي توقفه على اذن الآخر مع اشتراك الاساس
احتمال قوي ولو اعادة بالة من عنده فالحائط ملكه والتوقف على اذنه هنا قوي ومنع الشيخ من التوقف على اذن
الآخر وله منع الآخر من الوضع عليه في الثانية دون الاولى نعم للشريك المطالبة بهدمه قال الشيخ او يعطيه
نصف قيمة الحائط ويضع عليه وللباني بين الهدم واخذ القيمة للثاني وفيه انه يكفي في قوة احتمال الاول
اشتراك الالات وان لم يكن الاساس مشتركا كما ان له المنع من الوضع ايضا مع فرض اشتراك الالات فما في لك
تبعا لما سمعته منا من ان له منع الشريك من وضع الخشبة مع اختصاصه بالالات دون ما لو بناه في المشترك في
غير محله ايضا اللهم الا اذا كان الوضع مستحقا له سابقا مثلا فيتجه ح ما ذكره وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم جواز عمارة
الشريك بدون الاذن مط نعم في لك لو خالف الشريك وعمر فهل للشريك نقضه احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره
وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية غصبا فله ازالتها والاقوى العدم
ان كان بناه بالالة المشتركة لان هدمه ايضا تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بنى فلا يصح وانما تظهر الفائدة
في الاثم والجواز ان كان بناه بغير آلة لانه عدوان محض وتصرف في ملك رضا لغير فيجوز تغييره قلت قد منع
بذلك الفاضل في التذكرة بل صرح فيها بعدم جواز نقض من بناه ايضا لكنه لم يصرح في بناء الفرع على تقدير اعتبار الاذن
والا فالمتجه ان له ذلك ايضا فان له الامتناع من بناء الالات المشتركة كما اعترف به في جامع المقاصد ومن التصرف في الجميع
مع فرض الشركة في الاساس فلم يكن الصحيح بحق فوظالم لا حق لعرق فله الازالة الا ارش نعم لو قلنا بجواز ذلك عليه
اتجه ح الزامه بذلك بل كما لو هدم ابتداء وهذا وفي لك ايضا انه حيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمنع
يرجع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن فان امتنع اذن الحاكم وهل له الاذن فيه باجرة يرجع بها على
الشريك او مجانا الاقوى الثاني لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق فاذا اختار الشريك بناءه
مجانا فعل والامر كما قلت بل قد يشكل جبره على الاذن على وجه تقوم اذن الحاكم مقامه بان له الامتناع منها للقاعدة
التسلط وعدم حل مال امرء الا بطيب نفسه وغيرها ومن هنا انكر عليه ذلك في الحدائق خصوصا بناء على مختاره
سابقا من اعتبار الاذن في الجواز للشريك حتى لو اراد بناءه من غير رجوع عليه وانه يأثم لو بناه من غير اذنه
المعتبر ذلك من عبارة التي هي كعبارة غيره من الاصحاب خصوصا مثل اطلاق الم وغيره وخصوصا مثل عبارات
التذكرة في الظهور او الصراحة في عدم وجوب الاذن عليه بناء على اعتبار اذنه نعم في جامع المقاصد فرع لو اراد احد
الشريكين الاضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع
بدونه بجميعها فليس ببعيد ان يرفع امره الى الحاكم ليخير الشريك بين عدة امور من بيع واجارة وموافقته على العمارة وغير

ذلك من

ولم

ذلك من الامور الممكنة في ذلك عملا بقوله لا ضرر ولا ضرار ولان في ترك جميع هذه الامور اضاعة للمال وقد نهي عنها
اظهر بتصحيح ينبغي ان يلحق وهو كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة ومنه ما سمعته من تلك الذي لم
يلتفته على الضرر ونحوه بل جملة من احكام الشركة في الجدار التي قد اعترفت سابقا باعتبار الاذن من الشريك لو اراد
التبرع ببنائه ولا سيما في مسألة السفل والعلو ويكون عنده كاقتراح وضع جدار مشترك بينه وبينه في ارض
مشتركة والان كذلك ولا ريب في عدم وجوب الاذن بذلك عليه وان تضرر الاخر بذلك وانه لا وجه لرفع امره
الى الحاكم ولا يجبره على ما هو غير واجب عليه نعم لو قلنا ان سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه
لا يجوز له الامتناع مع طلب الاخر اتجه ح ذلك لكن ينبغي عليه عدم اعتبار اذنه بل هيئته ايضا كما في باقي صور
امتناعه عما هو حق عليه وكانه هو الذي لحظه الفاضل في القواعد فيما سمعته منه من عدم جواز منعه اياه لو
اراد الانفراد بالعمارة الا انه كما ترى ضرورة عدم ثبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح ولو
سلم فهو غير ما سمعته من تلك الذي لم اعثر على موافق له فيه ولا من احتمله بل صريح كلامهم عدمه بل في نفسه بناء
على اعتبار الاذن في غير محله بل منه يعلم ما في تفصيل المحدث البحراني من انه لا يحتاج الى الاذن من الشريك في العمارة
مع فرض التضرر به ولا بد منها مع عدمه اذ هو مع انه خروج عن محل البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه
كذلك اي مع قطع النظر عن الامور الخارجية قد بينا قبحه بان فرض تضرر احدهما بعدم العمارة قد يعارض بفرض
ضرر الاخر بها والضرر لا يدفع بالضرر كما اعترف به الفاضل وغيره في الرد على الشافعي في القديم من وجوب المساعدة على
في العمارة بل ومع فرض عدم ضرره ايضا بعدم وجوب دفع الضرر عن الغير ببذل مال الاخر وان لم يتضرر به والا لوجب ذلك
في الجدار الجديد وغيره نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها او برفع الامر الى الحاكم ليرى وجها يحكم به لقطع النزاع بينهما
مراعيا للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعد هو لها فتجيد والله العالم وما ذكرنا يعلم الحال فيما
ذكره المصنف وغيره بقوله وكذا لو كانت الشركة في دولاب او بئر او نهر او قناة او ناعورة او نحو ذلك اي لا يجبر الشريك
على المشاركة في عمارتها من غير فرق بين المشترك ذا غلة تفي بعمارته وغيره عند الاصحاب على ما في المسالك وبين

الدولاب
البئر النهر

القابل للقسمة وعدمها وانما نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة الذي حكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة
في هذه المذكورات دون الحائط فارقا بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيها فيتضرر به بخلاف الجدار فانه
يتمكن من قسمته ورد بامكان كون القسمة فيه اكثر ضررا عليه فكانا سواء نعم لو انفق احدهما على البئر او النهر
لم يكن له منع الاخر من نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما الذي اثره فيه نقل الطين عنه وليس له فيه غير ملك
بخلاف الحائط اذا بناه بالالات منه كما هو واضح وكذا ظهر لك مما ذكرناه ايضا انه لا يجبر غير عندنا صاحب السفل
ولا العلو في الساباط وغيره على بناء الجدار الذي يحمل العلو ولا على جدار البيت لاصالة برائة الذمة من وجوب
عمارة ملك الانسان لنفسه فضلا عن الغير الا ان يكون ذلك لازما بعقد فيجب كعمارة السابقة المستحق اجراء
الماء فيها خلافا للشافعي في تجبر صاحب السفل على الاعادة ولا ريب في ضعفه ولو طلب صاحب العلو مثلا بناء جدران
السفل تبرعا فهل له منعه في المسالك فيه الوجهان السابقان واطلق في التحرير ليس له منعه قلت قد عرفت التحقيق في
ذلك سابقا واما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله على ما في القواعد من انه لو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنفسه فصاحبه
كان له منعه وان اعاده بالته من عنده فله ذلك وان كان يجب نقضه ايضا كما في جامع المقاصد بما اذا لم يكن الاساس للاخر
ولا مشتركا بينهما والا لم يجز بدون الاذن لما عرفته سابقا لكن فيما حضرني من نسخة التذكرة نسبته وان اراد بناءه

بالآخر من عنده فله ذلك ويجوز ان يبني على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير اذنه ليصل الى حقه من الحمل عليه ولا يخفى ما فيه بعد الاحاطة بما قدمناه سابقا وعلى كل حال فلو بناه في ارضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد بنحو كوة وغرز وتد ونحو ذلك اما الاسكان فالظاهر انه ليس له المنع منه وان انتفع به هذا كله اذا انهدم بنفسه او هدماه معا من غير شرط اذ اما استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط ان يعيده اجبر عليه قولا واحدا

اجماعا اذا كان ذلك منه بلزوم شرعي ولو هدمه اي الجدار المشترك مثلا بغير اذن شريكه الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه وجب عليه اعادته لا انه ضمان مثله عادة لكن في س ان امكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع والا فالارش والشيخ اطلق الاعادة والفاضل اطلق الارش وفي لك بعد ان حكى تفصيل س قال تبعا للكركي وفيه مناسبة الا انه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الغالب فانه محض صفة اذ الاعيان باقية والمماثلة في الصفة بعيدة فالاولى القول بالارش مطلقا او ضح قلت قد يقوى ما ذكره الشيخ ره لصدق المثلية عرفا بل يصح الاجارة على صنعة جدار مثل هذا الجدار نعم لو فرض تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل الى القيمة كما في كل مثلي تعذر مثله وكذا الكلام في كسر الخاتم ونحوه وفتق الثوب ونحوه ولو هدمه باذن شريكه وشرط اعادته وجب ذلك اذا كان الشرط في عقد لازم بل قد سمعت ما في التذكرة في نظيره من انه كذلك قولا واحدا لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الارش ولعله لعدم امكان الشرط لما عرفت من عدم امكان ضبط الصفة الا انه هو كما ترى فان عود مثل الشيء على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفا ممكن وواقع بل من ذلك يعلم قوة ما ذكرناه اولا بل قد يؤيده ايض ان الارش المذكور هنا ان اريد به ما يخص الشريك من مقابل الهيئة الفائتة فهو لا يجدي في عمارة الجدار المزبور الذي يتحقق فيه الضرر عليه بهدمه ولو لفوات حصة الشريك فلم يكن في ذلك جبر لضرره وان اريد به ما يقابل تمام الهيئة ففيه انها مشتركة بين الهادم والشريك والانسان لا يضمن لنفسه مضافا الى ما عن الاردبيلي من استبعاد الارش فيما حكي عنه قال لانه لا يسوى بعد الهدم الا شيئا قليلا جدا والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة بل المناسب على القول بالارش ان يراد به ما يحتاج في تعميره مثل ذلك وفيه ايض تامل اذ قد تتفاوت العلة والاجرة كثيرا فتم وبالجملة القول بوجوب الاعادة بحيث يصدق عليه عرفا انه اعاده قوي جدا في صورة عدم الشرط فضلا عما لو شرطه والله العالم ولو اصطلح الشريكان على ان يبنياه ويكون لاحدهما اكثر مما كان له فعن الشيخ بطلان الصلح لان فيه انهاب ما لم يوجد وفيه انه يكفي مشاهدة الالات او وصفها ومشاهدة الارض ودعوى ان الثالث من الجدار جزء صوري لا يمكن ضبطه يدفعها ان الصورة صفة تابعة للموهوب وضبطها ممكن والالما جاز الاستيجار على البناء المقدر بالعمل كدعوى عدم العوض بعد انشاء ونحوها في العمل وغيره التي يمكن دفعها بما عرفته سابقا من عدم اعتبار العوض في الصلح على انه يمكن القول هنا بان الشارط على نفسه متبرع بما يخص الشريك من عمله والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له قدرا من الملك وكذا دعوى اقتضاء تعليق الملك في عين وهو ممتنع لامتناع الاصل في الملك ومن هنا احتمل بعضهم جواز اشتراط تملك الاكثر من الالات لا من الجدار بعد البناء وح فلو انفرد احدهما بالعمل وشرط لنفسه الاكثر من الالة صح قطعا اذ قد يدفع ايض بان هذا الصلح يجري مجرى الاستيجار على الطحن بجزء من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من العبد فانه يملكه في الحال ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره وعلى هذا يملك الاكثر في الحائط مبنيا والله العالم ثم انه لا خلاف ولا اشكال في جواز قسمة الجدار المشترك طولا وعرضا وطوله امتداده من زاوية البيت مثلا الى الزاوية الاخرى لا ارتفاعه عن الارض الذي هو سمكه والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع فلو

في اذن الشريك

كان طوله

كان طوله عشر اذرع عشرا وعرضه ذراعين فاقتسماه في كل الطول ونصف العرض فيصيب لكل واحد منهما ذراع في طول
عشر جاز طول عشرة اذرع في عرض ذراع جاز وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول بان يصيب لكل واحد منهما
طول خمس اذرع في عرض ذراعين ثم القسمة بعلامة توضع جائزة في الامرين وبالنشر جائزة في الثاني دون
الاول الا مع تراضيهما كما لو نقضاه واقتسما الالة والقرعة ممتنعة في الاول لامكان وقوعها على ما لا ينتفع به
مع عدم امكان التبديل بل يختص كل وجه بصاحبه ولعله لذا قال في التذكرة القواعد ولا يجبر احدهما لو امتنع
عن القسمة في كل الطول ونصف العرض لان القرعة معيار القسمة لكن قال ابن العرض وكذا في نصف الطول وكل
العرض وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه وظاهره عدم الاجبار في الصورتين
لكن في محكي التذكرة انه ان انتفى الضرر عنهما او عن الممتنع اجبر عليها في الصورة الثانية وان تضرر الممتنع لم يجبر وفي
س ومتى تطرق الضرر عليهما او على احدهما وطلبه الاخر فهي قسمة تراض والا فهي قسمة اجبار ولو طلبها المتضرر
اجبر الاخر وكذا يجوز قسمة عرصه قبل البناء قلت هذا خلاصة ما في القواعد وجامع المقاصد وس لكن قد يتوقف
في جعل معيار القسمة القرعة بمعنى عدم الاجبار عليها مع عدم امكانها كما انه قد يتوقف في اعتبار امكان وقوعها
على ما ينتفع به اذ يمكن في الرجوع اليها والاصل في المقام وان وقعت في الوجه الخارج عنه الا انه يمكن التبديل
بالمعاوضة والاجارة ونحوها ولتحقيق ذلك وتحقيق وجوب الاجابة الى القسمة مطلقا على وجه يجبر الممتنع منهما
محل اخر ياتي ان شاء الله ولو ملكا دارين مثلا سقفين مثلا فليس لاحدهما مطالبة الاخر برفع جذوعه عنه ولا منعه
من التجديد لو انهدم السقف اذا لم يعلما على اي وجه وضع لجواز كونه بعوض وعن الخلاف نفي الخلاف فيه
وفي س نعم لو ادعى احدهما الاستحقاق ونفاه الاخر جزما احتمل حلف المنكر وعليه الفاضل وظ الشيخ ان على
مدعي العارية البينة واليمين على الاخر قلت لكن في القواعد لو وجد بناء او خشبة او مجرى ماء في ملك غيره
ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول صاحب الارض والجدار في عدم الاستحقاق ووافقه عليه في جامع المقاصد
لاصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير وغايته ان يكون بحق وهو اعم من العارية التي يجوز فيها الرجوع وفيه
ان الاصل في تصرف المسلم وبيده ان يكون بملك واستحقاق حتى يعلم عدمه فالمتجه بناء ما وضعه في س وجوب الابقاء
اما لو فرض غير ذلك بان تنازع احدهما مع الاخر في الاستحقاق وعدمه ولم يكن ثم استناد الى يد ونحوه فالمتجه
كون اليمين على منكر الاستحقاق وما عن الشيخ من كون البينة على مدعي العارية واليمين على الاخر يمكن تنزيله على
دعوى اليد ونحوه كما ان ما في القواعد وجامع المقاصد ان كان المراد به ما فرضناه اولا في س ففيه ما عرفت وان كان
المراد به ما ذكره بقولنا نعم فهو متجه وان كان هو غير ظاهر من ادلة العبارة ولكن الامر سهل بعد وضوح الحال
١٧ البيت والله العالم المسألة الخامسة اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران الحاملة للعلو فالمشهور كما في لك ان القول
قول صاحب البيت مع يمينه ولو كان في جدران الغرفة فالقول قول صاحبها وقيل بعضهم ان جدران البيت
جزؤه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم بها لصاحب الجملة بل في جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة وفيه انه بعد فرض
التنازع في ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفة له مع فرضه ما عدا محل النزاع منهما والا لم يكن ثم
وجه للمخاصمة حتى تتوجه البينة على احدهما واليمين على الاخر فلا دليل ح للحكم المذكور الا دعوى استقلال
اليد من كل منهما على ما ادعاه فيكون القول قوله مع يمينه نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدران
بيته مع فرض تصرف صاحب العلو به بالسقف وبالبناء عليه ويمنع استقلال صاحب العلو مع فرض اتصاله

الكلام في التنازع

العالي بملكه على وجه هو كالجزء منه وبالاستكنان تحت السقف المعلق عليه والتصرف في الجدار انما هو بالتصرف في بعض
اجزائه لانه شيء واحد عرفا وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن ابن الجنيد من ان جدار صحن البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف
حيطان الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت بها الا كونه موضوعا على ملكه وانا وتضاه في المختلف بل في لك هو قوي جيد
الا انك عرفت قوة اشتراك الجميع في اليد من كل منهما اللهم الا ان يدعى استقلال اليد عرفا منهما على كل منهما خصوصا في
حيطان الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيد كالسقف الاعلى وان ما ذكره ليس من الامارة على اشتراك اليد
في العادة فيتجه قول المشهور جيدا فتأمل ولو تنازعا في السقف قال والقائل الشيخ فيما حكي عنه ان حلفا قضي لهما به وكذا
ان نكلا والا اختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته في التنازع في العين التي يدهما عليه وقواه في س قال وفي ط
يقسم بعد التحالف والقرعة احوط وتردد في الخلاف بين القرعة والتحالف وقيل والقائل ابنا الجنيد وادريس لصاحب
العلو ومال اليه في لك بل اختاره في جامع صك بل عن الفاضل ترجيحه في كثير من كتبه لان الغرفة انما تتحقق
بالسقف الحامل لها لانه ارضها والبيت قد يكون بغير سقف وهما متصادقان على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها
ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل وان كان هما معا كما ترى ضرورة ان اليد يختصه به دون
الاسفل فان سكونه تحته ليس بيد عليه وان كان هو محل النظر ايضا باعتبار صدق التصرف به بالتصرف في البيت
الذي هو من اجزائه بل فيما سمعته من القواعد احتمال اختصاصه به باعتبار ان الغرفة على البيت فلا يتحقق الا
بعلوه والبيت لا يتم الا بالسقف وان كان هو واضح الضعف ايضا فالاقوى الاشتراك بينهما على الوجه الذي
تقدم وقيل والقائل الشيخ كالمحكي لك يقرع بينهما وهو احسن عند المص لانها لكل امر مشتبه ومنه انه لا اشتباه
بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما وفي لك ودعوى الاشتباه هنا لان رجحان احد الطرفين في نظر الفقيه
يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم هذا وفي القواعد اما السقف فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج
الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفل لاتصاله ببنائه وان كان بحيث يمكن
احداثه كجذع ينقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب
العلو وسما لصاحب السفل واختصاص الاول والثاني وتبعه على ذلك في س قال ولو لم يمكن احداث السقف بان كان ازجا
او صفيفا حلف صاحب البيت لاتصاله به وكذا في جامع صك ولك قال في الاخير منها وموضع الخلاف السقف الذي
يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج
بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار وهو دخول
آلات البناء من كل منهما في الآخر فان ذلك دليلا على انه لصاحب السفل فيقدم قوله بيمينه قلت قد يناقش بان ذلك
لا ينافي وجود يد من صاحب العلو بالتصرف منه ايضا لامكان ان يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت او غيره ومع كون
يد كل منهما عليه فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور المسئلة السادسة اذا خرجت اغصان شجرة او عروقها
الى ملك الجار وثبت له استحقاق وجب عطفها مثلا على مالكها ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها
من ذلك عطفها او قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم في تفريغ ملكه عما لا يستحق بقاؤه عليه فضلا عما يكون بقاؤه
عدوانا وقاعدة نفي الضرر في مال الغير لا تأتي في دفع الضرر عنه او الظلم خصوصا مع كون هتك الحرمة من المالك
نفسه بالظلم او غيره ولذا صرح في المحكي من التحرير بالوجوب والاجبار مع الامتناع وجعله المختار في جامع صك بل قد يظهر من
اطلاق المحكي من التحرير ان للمالك الازالة من دون استيذان من المالك كما لو دخلت بهيمة الى داره او زرع بلا تصريح من

التنازع في السقف

اغصان الشجرة

فيجامع صك

في جامع المقاصد لان ازالة العدوان عليه امر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر عليه لانه لو توقف على اذن المالك لتوقف على
اذن الحاكم مع الامتناع لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه وغير اذن من يقوم مقامه مع التمكن وح فما يظهر من المتن وس
ومحكي التذكرة من اعتبار اذنه لا يخلو من نظر وربما يقوى التفصيل بين ما كان بقيه ضرر فلا يعتبر اعتبار الاذن منه او
من الحاكم وعدمه فلا يحتاج الى اذن في الاول دون الثاني مراعاة للجمع بين القواعد جميعها وعلى كل حال فما عن التذكرة
من ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله فيلزمه عدم الاجبار عليه مخالف
للقواعد الشرعية نعم مع امكان العطف لا يجوز له القطع فلو فعله كان ضامنا لكن هل يضمن جميع ما يقطع ام تفاوت
ما بينه وبين المعطوف وجهان كما في المسالك من التعدي بالقطع فيضمن ومن ان العطف حق له وما يفوت به في حكم
التالف شرعا ولعل الاقوى الاول كما انه يقوى وجوب الاجرة له مع امتناع المالك وان لم يستاذن الحاكم اذ لم ينو
التبرع كما ولو مضت مدة طويلة عليها مع تفريطه ضمن اجرة الارض والهواء كما صرح به غير واحد بل لعله كذلك مع صدق
استيفاء المنفعة وان لم يكن من تفريط وكذا صرح غير واحد ايضا بانه ليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان
لتحترق حيث يجوز القطع لانه اشد ضررا فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة على حقه وهو كذلك نعم ينبغي ان له
ايقاد النار لمصالحه كالتنور ونحوه وان ادى ذلك الى تلف الاغصان مع تفريط المالك بعدم العطف والقطع مثلا
لعموم تسلط الناس ولانه باهماله وتفريطه اقوى من انتفاع المالك بالمؤدي الى تلف مال الغير فتامل وفي حكم الشجرة
الجدار المائل الى ملك الغير وكيف كان فلو صالحه على ابقاء ترابي الغصن مثلا في الهواء لم يصح على تردد ينشا من
عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للمسح ومن كونه عقدا مستقلا مع عدم كون ذلك تبعا للهواء بل هو صلح عن منفعة
لكن لا ريب في ان الاقوى الثاني كما عرفته في نظائره خلافا للمحكي عن الشيخ اما لو صالحه على طرحه على الحائط جاز بلا
خلاف مع تقدير مدة والزيادة او انتهائها بل قد عرفت جوازه في نظير المسالة مع التصريح بالتابيد بل قد عرفت جوازه
مع عدم تقدير الزيادة ولا انتهائها لتحمل الصلح من الجهالة ما لا يتحمله غيره خلافا للجماعة فاعتبروا في جوازه الامرين
السابعة بيوت الخان
جميعا بل في س وغيرها التصريح بعدم جواز التابيد والله العالم المسالة السابعة لو كان لانسان بيوت الخان
السفلى ولاخر بيوته العليا وتداعيا الدرجة قضي بها لصاحب العلو مع يمينه من حيث كونه صاحب سفل وعلو لاستقلال
يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض المحكوم بها ايضا لصاحب الاعلى باعتبار اقتضاء اليد
عليها اليد على محلها ويد اختصاص الاسفل على غيرها من الارض لا يوجب اليد له عليها كما هو واضح نعم في ذلك هذا ان اختلفا فيها
في الخزانة تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيجري فيها
الخلاف السابق وفي س لو تنازعا في المرقاة ومحله فهو للاعلى وفي الخزانة تحتها بينهما ولو اتفقا على ان الخزانة لصاحب
الاسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيقضى بها بينهما ولا عبرة بوضع الاسفل الاثر وكيزانه تحتها
ثم اذا ثبت الدرجة للاعلى فهو وبه في الاس قلت قد يرجح صاحب السفل بان بيوته الظاهر في الدرج
استقلال يد اختصاصه بها التبعية الهواء للقرار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفا بالاعلى ومن ذلك يظهر لك
ما في قول المص ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها سواء فيقضى بها بينهما بعد التحالف والنكول لان لكل
واحد منهما شاهدا بملكها باعتبار ان يد الاختصاص لصاحب العلو يقضي بان مكانها كله اذ الهواء كالقرار كما ان يد
الاختصاص للاسفل تقضي بان الهواء له ايضا لانه تابع للقرار لما عرفت من ظهور يد الاختصاص عرفا بها الذي للسفل
المزبور من كون البيوت له التي هي من جملتها في الحقيقة بل لعل كلامهم فيما تقدم في تقديم صاحب السفل لو كان النزاع

في الجدار الاسفل شاهد على ذلك وكانه مال اليه في الجملة في الدروس ومحكي التذكرة احتماله واحتمال الاختصاص بذي العلو ولا
تخصيصه ثم قد يرجح الاول بظهور التفاوت بين خزانة الدرج وغيرها من البيوت باعتبار كونها كالتابع لرقبة صاحب
اليد عليه ذو يد عليها ايضا ومن ذلك مع تصرف صاحب الاسفل فيه حكم الحكم ويعتبر بالتسوية بينهما بخلاف بيوت الاسفل
بل هي غير التداعي بين صاحب الغرفة وبين ما تحتها انه جيدا والله العالم ولو تداعيا الصحن الذي يصعد منه المرقات
في صدره اي بمحاذاته في السعة وهو اخر خطته في الجهة المقابلة للباب قضى منه بما يسلك الى العلو بينهما مع التحالف
والنكول وما يخرج عنه لصاحب السفل لظهوره لصاحب العلو باعتبار افتقاره الى السلوك في ملكه مقدار الممر و
يشاركه فيه للتصرف ايضا صاحب السفل ويختص بغيره لكن في س وربما امكن الاشتراك في العرصة لان صاحب الاعلى لا يكلف
المرور على خط مستو ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلا ولو كان المرقى في دهليز خارج لم يشاركه الاسفل
في شيء من العرصة اذ لا يد له على شيء منها الا ان يسوى في السكنة المرقاة فيشتركها بين الجميع ويؤيده ان العرصة
يحيط بها الاعلى كما يحيط بها الاسفل ولو كان المرقى في ظهره اختص صاحب الاسفل بالعرصة والدهليز اجمع كما هو واضح
والله العالم تتمة اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضي للراكب مع يمينه وفاقا للمحكي عن المبسوط لظهور يد الاختصاص
له عرفا وقيل والقائل الشيخ ايضا في محكي الخلاف وابن ادريس في محكي السرائر هما سواء في الدعوى لثبوت يد كل منهما عليها
وزيادة تصرف الراكب لم يثبت شرعا كونه مرجحا وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيريه ولذا كان ذلك خيرة
ثاني المحققين والشهيدين ولكن قد يقوى ان الاول اولى لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له خصوصا
مع ملاحظة نظائره باعتراف الخصم كتنازع لابس الثوب وممسكه ومن له حمل على الدابة مع من في يده زمامها وغير
ذلك اما لو تنازعا ثوبا وفي يد احدهما اكثره فهما سواء لعدم اقتضاء الاكثرية عرفا الاختصاص ودعوى بعضهم انه
كمسألة الراكب والقابض باعتبار ان كلا منهما زيادة تصرف لم يثبت كونها شرعا مرجحا كما ترى وكذا لو تنازعا عبدا و
لاحدهما عليه ثياب مع فرض ثبوت يدهما عليه لانه لا مدخلية له لزيادة الملك فانه قد يلبسها بغير اذن مالكها
او بالعارية فهي حينئذ ليست يدا له عرفا ومن هنا يعلم انه لو فرض لاحدهما خاصة عليه يد والاخر له ثياب عليه فالمتجه
قول صاحب اليد كما انه لو لم يكن لاحدهما عليه يد الا الثياب لاحدهما يكون بينهما ايضا لما عرفت من عدم كون الثياب
يدا لصاحبها اما لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل وليس للاخر عليه يد كان الترجيح لدعواه قطعا ضرورة ظهور وجود
الحمل عليه في يد الاستقلال به بل قد يقوى يكون كذلك لو فرض ان للاخر يدا عليه ممسك بقبض الزمام باعتبار ظهور يد الاختصاص
في الحمل كالراكب والقابض فضلا عما لو كان تابعا قابضا ولاحدهما خاصة حمل وعن س انه جعل حكم الراكب ولابس الثوب
وذي الحمل سواء وفي المسالك هو كذلك اي في اتحاد الحكم فيها اجمع وان كان هو عنده الاشتراك وعندنا الاختصاص
وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك ولو تداعيا غرفة على بيت احدهما وبابها الى غرفة الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب
البيت قطعا لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره ومجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد يدا عرفا نعم لو فرض
كونه مع ذلك متصرفا فيها بسكنى ونحوه امكن تقديمه ح عليه على صاحب البيت باعتبار ان يده ح فعلية ويد صاحب ٢ فعلية
البيت تبعية والفعلية اقوى واولى مع انه في المسالك احتمل التساوي ايضا قال فثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعلم
تاثير نوع اليد كما سلف وفي قواعد الفاضل ومع التصرف اشكال وان كان لا يخفى عليك ما فيه نعم قد يشكل ذلك عندنا بان
الحكم بتراكه بحرانه عن الدرج مع ان يد صاحبه عليها تبعية ويد المتصرف بها فعلية فليقدم ح عليها كما ذكرناه ثانيا
اذ لا فرق في التبعية بين ان يكون منشأها لحوق السفل بالعلو وبالعكس فان من ملك قرارا ملك هواءه ومن ملك هواء

التداعي

التنازع

ملك

كتاب الشركة

ملك قراره ومن ملك شيئا ملك قراره ولو هواء والدرج كذلك والله اعلم كتاب الشركة بكسر الشين مع اسكان الراء
وبفتحها مع كسرها بل واسكانها والنظر فيه يقع في فصول الاول في اقسامها ولكن ينبغي ان يعلم اولا ان ماهية
الشركة لغة على ما قيل الاختلاط والامتزاج شيوعا او مجاورة وشرعا اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل
الشياع فالاول بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز في مكان واحد والثاني بمنزلة الفصل فان المتبادر منه
الواحد بالشخص لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف وح فلا شركة مع تعدد الشخص بتعميم المراد بالواحد هنا هو متعلق
الشركة وان تعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من افراد المتعدد وفي جامع المقاصد وعلل ان قيد الشياع لاخراج
اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان سقفه لواحد وحائطه لاخر
وارضه لثالث فانه لا شركة لعدم الشياع وان صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد وفيه عدم صدق كونه
واحدا بالشخص اذ هو مجموع اشخاص وعن الشهيد في المحكي عن حواشيه انه لاخراج اجتماعها في الشيء الواحد بالشخص
على البدل كمستحق الزكوة والخمس والمجتمعين على مسجد او معدن او مباح يتعذر فيه الاجتماع فان ذلك اجتماع لا على سبيل
الشياع قال فان قيل يخرج هذه بقوله الملاك قلنا الملك المراد به الاستحقاق حذرا من المجاز والاشتراك واشكله
في جامع المقاصد بان الملك اخص من الاستحقاق مط فلو حمل على معناه الخاص المتبادر لخرجت هذه الاقسام بالقيد
المذكور وخرج بقيد الشياع ما تقدم سابقا الى ان قال وفي التعريف نظر لانتقاضه بالشركة في القصاص وحد
القذف والخيار والرهن والشفعة ونحو ذلك فانه ليس هناك ملك حقيقي فلا مالك حقيقة وقد صرحوا بان هذا
احد اقسام الشركة الثلثة وكانه قصد الى دفع جميع ذلك في (?) فقال ويمكن ان يكون انما اول لحمل الملك على
الاستحقاق الذي هو اعم منه ادخال الشركة في الخيار ونحوه مما لا ملك فيه فانه محض استحقاق فلو حمل الملك على
الملك معناه الخاص لانتقض التعريف في عكسه ان اريد به المعنى الخاص ولو حمل مشتركا بينه وبين الاستحقاق او مجازا
في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام يدخل الاقسام ويسلم من محذور المجاز والاشتراك
كما ذكر لكن يبقى فيه ان اطلاق الخاص وارادة العام مجاز غير شايع يجب صون التعريف عن مثله وقد يجاب عنه
بان اطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز بل معناه يتبادر من قولك فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحد
ونحوه او انه مجاز شايع وان اطلق كان مطلق اطلاق الخاص على العام ليس شايعا والعبرة في صحة التعريف انما هو
بالفرد المحتاج الى استعماله له لا بنوع ذلك الفرد وهذا هو الظاهر هنا وينبه عليه ان المص بلا فصل ذكر حكم الاشتراك
في الحق المذكور فليس بغافل عن دخوله في التعريف وح فالمستعمل هنا اما المجاز المنصوب على ارادته قرينة او المشترك
اشتراكا معنويا ان جعل ذلك الاستحقاق من افراد الملك حقيقة والاشتراك المعنوي لا يضر دخوله في التعريف ولو ابدل
الملك في التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كله ولذا عرفها في الاسعاد شرح الارشاد من كتب العامة بانها ثبوت الحق في الشيء
الواحد المتعدد لكن قد يقال ان الشركة في الحقوق وان دخلت في التعريف ولو على ارادة الاستحقاق من الملك لكن قد ينافي
ذلك قيد الشياع فيه فانه لا شياع في استحقاق كل منها الثابت له ثم انه لا ريب في ملك الفقراء للزكوة والسادة
الخمس والمسلمين الارض المفتوحة عنوة الا انه ملك جنس لا تعدد كي يصدق معه اجتماع حقوق الملاك والافراد
من حيث الشخص لا ملك لاحد منها كما ان الاشياء المباحة من معدن ونحوه هي بين الناس على حد سواء بمعنى ان لكل
واحد حيازتها والسابق منهم احق من غيره ومع تعدد السابق يقرع وكذا المسجد والوقف العام وان كان ربما يفرق
بينهما الا انه على كل حال لا شركة فيهما من حيث الملك ولا من حيث الحق على سبيل الشركة في الاموال والحقوق والامر في هذا

كله سهل انما الكلام فى ملك الكلى فى الصبرة مثلا كالصاع منها وكملك الشاة فى اربعين شاة وكملك مائة فى الثلث بالوصية
ونحو ذلك مما لا اشكال فى صدق الشركة معه ولا اشاعة اللهم الا ان يراد منها عدم التعيين لا خصوص الثلث والربع
ونحوهما وكيف كان فنقول فيما الجامع قده ان للشركة معنيين بل فى اولهما شعبتين احدهما ما ذكره لكم ولكنه معنى من
المعانى دخول فى باب الاحكام اولى ضرورة حصول الاجتماع المذكور بعقد وغيره بل بغيره اكثر حتى لو يشترى احدهما
ويمزج ماله بمال الاخر فهو بحيث لا يتميز ان تحققت الشركة بالمعنى المذكور وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك
للشئ الواحد على سبيل الشياع فيه ولا يدخل المتحقق للارث ونحوه وهذا هو المعنى الذى به تندرج الشركة فى جملة
العقود ويلحقها الحكم بالصحة والبطلان واليه يشير المص فيما بعد بقوله وقيل يبطل الشركة اعنى الشرط والتصرف
وقيل يصح ولقد كان على المص ان يقدم تعريفها على ما ذكره لانها المقصود بالذات هنا وفى القواعد وغيرها كما يقول
اشتركنا فى العقد المذكور او يثبته عليها معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها واحكامها وفى القواعد وغيرها
كما يقول اشتركنا فى العقد المذكور لكن فى الحدائق لا يخفى على من تامل الاخبار عدم معنى للشركة الا الاول الذى ذكره
المص والفاضل والشهيدان فى اللمعة واما المعنى الثانى فلا يتم لو لاحظه منها الى ان قال بعد ان حكى عن بعضهم انها عقد
جائز لا عقد هنا بالكلية ولا عاقد وانما الشركة اجتماع كما دل على الوجه المذكور فلا معنى لوصفه بالجواز نعم البقاء على
حكمها امر جائز بمعنى انه لا يجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز رفعها واخذ حصته وبعد هذا الاجتماع لا يصح لاحد الشركاء
التصرف فيها الا باذن الباقين المدلول عليها باللفظ الصريح او الظاهر وغيره من القرائن كغيره المقام مما يعرف به الاذن
قلت قد يؤيد ذلك ما يفهم من كلام المص واللمعة وغيرهما مما لم يتعرض فيها لكونها عقدا بل فى جامع المقاصد عن فخر المحققين
واول الشهيدين تنزيل قول الفاضل وقيل يبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل على ارادة بطلان الاذن لا عقد الشركة
ورد ذلك كله فى الرياض تبعا الجامع قده وغيره بالاجماع وبان الاصل حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه فيقتصر فيها
على المقدر المتيقن وهو ما دل عليها صريحا من الجانبين كما نبه عليه فى التذكرة وعليه يصح اطلاق العقد عليه واما
الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة عليها والالفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه وعلى فرض وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص
مع عدم دلالته عليه اصلا فلا ريب فى مغايرة هذا المعنى للاول لحصول الاول بامتزاج المالين بغير اذن دون رضى
المتشاركين وهو غير الامتزاج مع الرضا به وبالتصرف فى المالين مطلقا او مقيدا على حسب ما يشترطانه فانكاره
واساسه فاسد جدا ولا ينافى التغاير دخول الثانى فى الاول دخول الخاص فى العام فانه من افراده المغايرة له فى الجملة
قطعا وهو كاف فى افراد الخاص عن العام فى الاطلاق الى غير ذلك من الكلمات خصوصا التذكرة وخصوصا ما فى
بعض كتب العامة الا انها جميعها من غرائب الكلام اما ما فى الحدائق من انكار عقد الشركة واساسه فهو ما يفسد واضح كما
بل يمكن دعوى اجماع كل من العامة والخاصة على خلافه كما ان دعوى كون عقدها ما دل على جواز التصرف من كل منهما
او من احدهما واضح الفساد ضرورة عدم مدخلية ذلك فى الشركة بوجه من الوجوه بل هو داخل فى قسم الوكالة وقد
اعترف به فى التذكرة قال فيها الشركة قد تقع بالاختيار وقد تقع بالاجبار وكلامنا فى الاولى وهى قد تحصل بمزج
المالين بالاختيار من غير لفظ فلو امتزج المالان برضاهما فذلك حكم زائد على مفهوم الشركة ومن ذلك وغيره يعلم
التشويش فى كلامه وكلام غيره ايضا وكان السبب الذى اوقعهم فى الوهم هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهرى فلا فرض
اعتبار الامتزاج فى شركة العنان لم يكن معنى لعقدها ضرورة حصولها بالمزج المذكور المفيد لذلك مع القهر وعدم
القصد فيه اليها فضلا عما لو قصدت به اختيارا فلم يكن ح معنى لعقدها الا جواز التصرف خصوصا مع ملاحظة الشركة

الاكتفا بير

ان

الاكتسابية التي هي من اقسام التجارة المبنية على العمل من الشريكين او من احدهما التي قد وردت النصوص بها وفيمن ينبغي
يشارك ولا يشارك وغير ذلك من احكامها ولعله لذا اكتفوا في صيغتها بقول اشتركنا باعتبار امتناع ان يراد
بالانشاء حصولها بدون مزج ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ فتعين ان يكون معناه جواز التصرف والا لم يكن له
معنى اصلا كما صرح بذلك في جامع المقاصد الا انه لا يخفى عليك ما في ذلك اذ لا دلالة في قول اشتركنا على الاذن بوجه من
الوجوه كما انه لا حاجة في حصول الاذن منهما او من احدهما الى عقد وليس من مقومات الشركة حصولها اذ يمكن اشتراكهما
في المال مع الاذن في العمل لثالث بل يمكن ارادة الشركة من دون عمل اصلا لغرض من الاغراض فالتحقيق ان يقال بعد
الاجماع على كونها عقدا ان قول اشتركنا لانشاء تحققها ومورده كل من المالين بينهما على الاشاعة الا انه يشترط
في صحة ذلك تحقق المزج بعده ان لم يكن هو حينئذ شرطا كاشفا او ناقلا نحو القبض في الوقف وانه جزء السبب
ومتى حصل مزج بقصد انشاء الشركة من دون قول تحققت وكانت كالمعاطاة اما المزج القهري والمجرد عن قصد
ارادة انشاء الشركة فلا يترتب عليه الا تملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الامر وانما يفيد الاشتباه في كل من اجزاء
المال الا ان الشرع حكم ظاهرا بكونه بينهما من الصلح القهري الذي قد تقدم نظائره فالفرق بين المزج القهري والمزج الانشائي
هو ما ذكرناه فلا يصح ايقاع عقد الشركة بعد وقوعه كي يتبدل الملك ظاهرا بالملك واقعا بل لو سلم افادة المزج القهري
الملك فهو الواقع على نحو المزج الاختياري كما هو ظاهر كلمات الاصحاب امكن ان يقال انه لا مانع من صيرورته جزء سبب مثلا
اذا جيء به لاتمام عقد الشركة مثلا بل ومن صيرورته سببا تاما في ذلك اذا قصد الانشاء به في المعاطاة واتفاق
حصول الشركة قهرا فانه لا تنافي بينهما ويكفي في العقد تحققه به لا انه لا يقع الشركة به وبذلك يظهر لك ما في
جميع كلماتهم من التشويش والاضطراب خصوصا التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والرياض وغيرها التي لا يخفى عليك حالها بعد
الاحاطة بما ذكرناه فضلا عما يظهر من المحكي عن ابن الجنيد في تلف من تحقق الشركة بالقول من دون مزج قال لو تلف
مال احد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين او بافتراق كان ما تلف من مال صاحبه وان كان التلف بعد
العقد والافتراق كان من مالهما جميعا وهو كما ترى ومن هنا قال في المختلف بعد ان حكى ذلك عنه والاجود ان لا شركة
الا بالامتزاج والتلف قبله من صاحبه ومراده في محل الفرض فتأمل وربما تسمع لذلك زيادة تحقيق في مطاوي البحث
ثم المال المشترك قد يكون عينا كما هو ظاهر وقد يكون منفعة بالاجارة والحبس والسكنى مثل الوقف ومنه انه ان كان
على محصورين فالاشتراك بالعين والا فلا اشتراك بل هو حق نحو ما عرفته في حق الزكاة والخمس والطرق العامة
والطرق النافذة وقد يكون حقا كالخيار والشفعة الموروثين مثلا والقصاص وغيرها واما سبب الشركة في الثلاثة
فقد يكون ارثا كما اذا ورثا مالا او منفعة او حقا وقد يكون عقدا ايضا في الثلاثة ايضا كما لو اشتريا دارا او استأجراها
او صالحا عن حق بحق مثلا وقد يكون مزجا في العين كما هو واضح بل والمنفعة فيما لو فرض استيجارا استيجارا وحدا دراهم للتزين
مثلا بناء على جوازه لكل منهما بخصوصه ثم مزجاهما بارادة الاشتراك في المنفعة فيتحقق اشتراكهما في المنفعة
ح وقد يشكل ذلك باصالة عدمها وانما هو من الاشتباه لا المزج المعتبر في تحقق الشركة فتأمل وقد يكون حيازة بناء على
تحققها بشركة الابدان كما عن الاسكافي او على فرض نية كل منهما بان ما يحوزه له ولشريكه الموكل له على ذلك بناء على
الاكتفاء بمثل ذلك ولكن الاشبه عند المصنف باصول المذهب وقواعده اختصاص كل واحد بحيازته لاصالة عدم دخوله
في ملك الغير حتى مع النية لعدم ثبوت قبول مثله النيابة فضلا عما اذا لم ينويا فانه لا وجه له الا على جواز شركة الابدان
المعلوم بطلانها عندنا ومن ذلك يعلم ما في المسالك من انه ينبغي ان يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل بنية الوكالة لصاحبه

في العين
المنفعة

في ثلث نصف ما يحوزه فانه بتوجه الاشتراك لان ذلك مما يقبل النيابة اذ قد عرفت الملك بذلك ابهم عنده المهم
نعم لو اختلطا بتحرج او اغترفا ماء بانيه واحدة او اشتركا في نصب حبالة الصيد المشترك ورمى السهم المثبت
له تحقق الشركة في الجملة قطعا وفي ذلك لكن يكون لكل واحد من الحاز بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة
والضعف ولو اشتبه مقدار كل واحد تعين التخلص بالصلح او تمليك كل واحد ما يبقى له عند الاخر بناء على جواز
هبة المجهول فلت او يحكم بالنصف لاصالة عدم زيادة احدهما على الاخر بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما
في القوة والضعف لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قول من حاز ملك ولعدم الدليل على اقتضاء
ذلك التفاوت في الحاز وان كان هو منافيا للاعتبار العقلي الذي لا يرجع الى دليل معتبر شرعا فتحصيله او
الله العالم وكل ما لين مزج احدهما بالاخر بحيث لا يتميزان تحققت بينهما الشركة اختيارا كان المزج او اتفاقا
مقصودا به الشركة او لا بلا خلاف اجده فيه بل لعل الاجماع بقسميه عليه لكن قد عرفت سابقا الفرق بين
المزج الاختياري المقصود فيه الشركة وغيره بالملك مشاعا في نفس الامر في الاول بخلاف الثاني وان عومل
معاملته في الاحكام الا انه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لاحدهما لم يكن للاخر شركة فيه بل لو فرض بناء ما ليس
هو لاحدهما الممزوج ابتنائه الرغيف عند القائل بها في مثله وقسمته بينهما من الصلح القهري عند غيره على نحو ما
سمعته في نظايره في كتاب الصلح والله العالم وعلى كل حال فلا خلاف في انها تثبت في المالين المتماثلين في الجنس
والصفة بالمزج الرافع للامتياز بينهما الذي قد عرفت سببيته للشركة فلو تخلف احدهما تحقق الامتياز المنافي
للشركة فلا يكفي حينئذ مزج الحنطة بالشعير ولا الدخن بالسمسم وان عسر التخلص والدراهم بالدنانير بل ولا الحنطة الحمراء
بالبيضاء والصغيرة لحب بالكبيرة والدراهم الصحيحة بغيرها ونحو ذلك مما لم يرتفع التميز منها بالمزج الذي هو سبب
الشركة اذا كان على الوجه المزبور سواء كان المالان اثمانا اي ذهبا وفضة او عروضا كالادهان وغيرها
من المايعات بل والحنطة والشعير والذرة والسمسم ونحوها خلافا للمحكي عن الشيخ في المقنع من الشركة في العروض
الا في المكيل والموزون وما عن الاسكافي من اطلاق عدم صحة الشركة اذا كان لكل واحد منهما متاع الا ان يبيعا وضاع
عنا عنهما فيبيع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا وان كان يمكن تنزيل كلام الاخير منهما على ما يحصل معه الامتزاج
الرافع للامتياز ثم المراد من عدم التميز كونه في الظاهر لا في نفس الامر فان الاجسام لا تتداخل في المايعات فضلا
عن غيرها لكن في الرياض بعد ان اعترف بانه المستفاد من كلمات الاصحاب سيما معقد اجماع التذكرة قال هو مناف
لما ذكروه في التعريف من انها اجتماع حقوق على الاشاعة فان الظاهر منها حيث تطلق ان لا يبقى جزء الا وفيه حق
لهما وبه صرح الفاضل المقداد في شرح الكتاب بل صرح فيه بعدم حصول الشركة بمزج الحنطة والذرة والدخن والسمسم
ونحوها بمثلها ونحوها بل حصرها في مثل الادقة والادهان بمثلها ولكن الظاهر عدم استقامة ما ذكره على طريقة
الاصحاب لاتفاقهم في الظاهر على عدم اشتراط عدم التميز النفس الامري مع ان اشتراطه في نحو الاثمان مخالف لطريقة
المسلمين في الاعصار والامصار لانهم لا يزالون يتشاركون فيها من زمن النبي الى زماننا هذا من غير نكير في صقع
من الاصقاع وعصر من الاعصار فكان اجماعا وقد نبه عليه في التذكرة بقي الكلام في التوفيق بين التعريف وما
هنا والخطب سهل بعد الاجماع على ما هنا لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الاشاعة بالمعنى المتقدم مع احتمال ارادتهم
منها هنا عدم التميز المطلق قلت وفيه اولا ان عدم التميز في نفس الامر لا يتم في الادهان ولا في غيرها كما سمعت وثانيا
ان التعريف للشركة الشرعية الموجبة للملك على الاشاعة التي قد ذكروا اسبابها بعد تعريفها ولا ريب في ان المراد منها

المالين المتماثلين

المراد

المعنى الاول لا عدم التميز كما هو واضح لا يشتبه على من له ادنى تحصيل وما حكاه في التنقيح لم اجده بما حضرني من نسخه قال
الفائدة الثانية الشركة امر حادث وكل حادث لا بد له من سبب والسبب هنا قد يكون ارثا وقد يكون حيازة
كما لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء بانية وقد يكون مزجا كما اذا امتزجت الاجزاء المتساوية المصغرة بحيث لا امتياز لجزء
عن جزء كالادقة والادهان لا كالحنطة والذرة والدخن والسمسم والدراهم الجدد والعتق ثم قال الفائدة
الثالثة انما يتحقق الاجتماع على وجه الشياع احترازا عن اجتماع لا يحصل فيه ذلك والمراد فيه بالشياع ان لا يعرض
جزء الاول فيه حق لها وهو كما ترى اجنبي عما حكاه عنه ضرورة كون مراده عدم تحققها مع التميز كمزج الحنطة
بالذرة والدخن بالسمسم والدراهم الجديدة بالعتيقة ولذا ذكرها وجمع الادهان والادقة لا بامثالها
التي من ضرورة المذهب تحقق الشركة فيها بالامتزاج واما ذكره من تفسير الشياع فهو في محله لا انه يريد تمامه
في مثل الدقيق دون غيره كما هو واضح بادنى تامل خصوصا مع ملاحظة كونه اجل من ان يقع في هذا الوهم الذي
لا ينبغي جوازه على اصاغر الطلبة انما الكلام في اعتبار المثلية اذا كانت بالمزج فيها كما هو ظاهر المص بل قيل هو
صريح قوله اما ما لا مثل له كالثوب والخشب والعبد فلا يتحقق فيه بالمزج بل قد يحصل بالارث او احد العقود فيما لا مثل له كالثوب
الناقلة كالابتياع والاستيهاب ولعله لاصالة بقاء كل واحد على ملك مالكه المقتصر في الخروج عنها على المتيقن الذي
هو المزج في المثليات دون غيرها لكن في الرياض بعد ان حكى ذلك عن المص هنا قال وفاقا للمحقق والاسكافي
الا انه اطلق ولكن معلوم النسب لا يقدح خروجه بالاجماع مع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم في كثير
منها كالثياب المتعددة المتقاربة الاوصاف والخشب كل ونحوها بتحقق الشركة فان نحتا بطها حصول المزج
مع عدم الامتياز ولا خصوصية للقيمي والمثلي في ذلك وقد حصل ولا يخفى عليك ما في الثاني من المصادرة الواضحة
ثم لو كان في الادلة ما يقتضي اطلاقه تحققها بالمزج الرافع للامتياز اتجه الاستدلال باطلاقه ولكن لم نعثر على
ذلك اللهم الا ان يستدل باطلاق اوفوا بالعقود المقتضي لتحققها في جميع افراد الشك او باطلاق معقد دعوى الاجماع
على ذلك الا انا لم نحققه نعم في كرة واما الروض فعندنا يجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور اي المزج الرافع
للامتياز سواء كانت من ذوات الامثال او من ذوات القيمة وهو ليس اجماعا صريحا مع انك قد سمعت ما حكاه عن
الشيخ والاسكافي وان كان قد سمعت كلامهما سابقا ولو سلم الاجماع على ذلك فلبس في كلامه صراحة بما نحن فيه
خصوصا بعد قوله سابقا وكل مالين مزج احدهما بالاخر على وجه الشامل للقيمي والمثلي بل قوله اذ يثبت في المالين
المتماثلين في الجنس والصفة كالصريح في ضرورة صدق ذلك على القيميات نعم قوله اما ما لا مثل له فقد يوهم ذلك لكن
من المحتمل قويا ارادته عدم تحققها بالثوب والخشب والعبد باعتبار عدم المزج فيها الرافع للامتياز فهو حينئذ بيان
ما احترز به عما اعتبره والمزج الرافع للامتياز على ان مثل هذه لا يتحقق فيها الشركة بمزجها باعتبار عدم ارتفاع الا
متياز بمزجها كما هو واضح وربما يومي اليه افراد الثوب والعبد اذ لو كان المراد الثوب في الثياب والعبد
في العبيد والخشب في الاخشاب لناسب التعبير بالجمع ثم قد يقال ان المتيقن من الفتاوى ومعاقد الاجماعات من سبب
الشركة المزجية هو ما يتحقق فيها صدق المزج الرافع للامتياز بسببه فمع لم يحصل صدق المزج كالدور والبساتين
والعبد في العبد والجمل في الجمل والفرس في الفرس ونحو ذلك لم يتحقق الشركة المزجية اذ هو من الاشتباه
لا الامتزاج الشبيه بالتداخل عرفا كما في المايعات وذوات الاجزاء الصغيرة من الحبوب ونحوها بل وغيرها
مع فرض الكثرة من الجانبين وبالجملة المدار في حصولها على ذلك من غير فرق بين المثلي والقيمي كالمصنوعات

الصغير مثل حب الذهب ونحوه ضرورة صدق امتزاجها على وجه يرتفع الامتياز بينهما بل ان لم يتم اجماع امكن القول
بتحقق الشركة بامتزاج الشخصين المختلفين في الاوصاف الخارجية وان كانا من جنسين كالعنبر مع بعض الاصباغ
المساوية له في اللون والعسل وبعض افراد الدبس ونحو ذلك واعتبار بعض اتحاد الجنس والوصف انما هو للاحتراز
عما لا يرتفع بالامتزاج امتيازه من مخلطها بخلاف محل الفرض اللهم الا ان يقال ان ذلك من تعسر التخلص بالامتزاج كالدهن
مع الدبس مثلا لا مما يرفع امتزاجه امتيازه وصيره كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه في الجنس والصفة مع انه ايضا
كما ترى للنظر فيه مجال بل قد يقال بتحققها في متعذر التخلص ايضا وعلى كل حال نسبة قيمة ماله كما في المثليات والقيميات
الممتزجة المفروض اختلاف قيمتها على معنى صيرورة ذلك المال مشتركا بينهما على نسبة قيمة مالهما لا ان المشترك بينهما
قيمتهما الوهمية وبالجملة كلامهم في ذلك غير منقح وقد عرفت ما تقتضيه الاصول والقواعد في محال الشك
كما انه غير خفي عليك انما لو اراد الشركة فيما لا مثل له وغيره مما لا يتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه بان باع كل
واحد منهما حصته مما في يده بحصة مما في يد الاخر اداه او وهب كل منهما كلا او باعها بثمن اشترى الاخرى به منه
او غير ذلك بل قد يستفاد من النصوص تحققها في مال اشترى بثمن معين مثلا بقول شركتك فيه على معنى ارادة نقل
نصفه مثلا اليه بنصف الثمن وبقول الربح بيني وبينك فيه ونحو ذلك قال محمد ابن مسلم في الموثق سألت ابا جعفر
عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها فاتى رجلا من اصحابه فقال يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة والربح
بيني وبينك فنقد عنه فنفقت الدابة قال ثمنها عليهما لانه لو كان ربحا كان بينهما ونحو غيره والله العالم ولا تصح
الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة بلا خلاف معتد به اجده فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي منهما مستفيض
او متواتر من غير فرق بين اتحاد عملها واختلافه ولا بين كون العمل في مال مملوك او تحصيل مباح من حطب وحشيش
ونحوهما للاصل عن معارضه اوفوا بالعقود بعدما عرفت والتراضي لم يثبت شرعيته غير مجد والمراد بالتجارة عنه
ما ثبت التكسب به شرعا وما حكي من شركة سعد ابن ابي وقاص وعبد الله ابن مسعود وعمار ابن ياسر فيما يغنمون فاتى سعد
باسيرين ولم يأتيا بشيء فاقرّها النبي صلى الله عليه وآله وشركهما جميعا غير ثابت مع امكان ان يكون ذلك يوم بدر الذي غنائمه
على ما صرح به في التذكرة للنبي صلى الله عليه وآله فيمكن ان يكون ذلك منه هبة لهم بل يمكن غير ذلك ايضا ومن هنا اتفق اهل الحق على عدم الشركة
بذلك عدا ما حكي عن ابن الجنيد منهم مع ان المحكي عنه في المختلف انه قال لو اشترك رجلان بغير راس مال على ان يشتريا
ويبيعا بوجوههما جاز ذلك ولو اشترك رجلان فكان من عند احدهما بذر وبقر وعلى الاخر العمل والخراج كانت الشركة
جائزة بينهما ولو اشترك رجلان على ان يعملا عملا لكل واحد منهما فيه عمل منفرد او ان تكون ايديهما جميعا في العمل وتقسيم الاجرة
بينهما لم اجز ذلك لان الاجرة عوض عمل فاذا لم يتعين عمل كل واحد منهما لم آمن ان يلحق احدهما غبن وان يأخذ ما لا يستحقه
وان تنازعا الفضل او نقصا الا ان تفضل احدهما بالعمل ثم قسمه على الاخر من غير شركة جاز ذلك وهو كما ترى صريح في عدم
الجواز لكن في المختلف بعد ان حكى ذلك عنه قال والوجه البطلان لنا اجماع الفرقة وخلاف ابن الجنيد غير معتد به
لانقراضه وحصول الاتفاق بعده ولان الاصل عدم الشركة وبقاء حق كل واحد عليه ولانه غرر عظيم ولان الشركة عقد
شرعي فيقف على الاذن فيه ويمكن ان يريد ما ذكره اولا من شركة الوجوه ولكن قد يقال انه يمكن صحة ما ذكره بالتوكيل من كل
منهما بالابتياع والبيع كما ان ما ذكره ثانيا يمكن كونه من باب المزارعة فلا يكون خلافا فيه بل تتفق كلمة اهل الحق على
البطلان بل وان اشتهر نقل ذلك عن المعروف في الحكاية عن الشافعي موافقتهم على ذلك وانما المخالف ابو حنيفة ومالك
وابن حنبل على الاختلاف بينهم ايضا في تعيين الجائز من ذلك وحيث كان الحجة عندنا باطلا لم تكن بنا ضرورة الى تعداد بعضها في التعرض الى

الكلام في الشركة بالاعمال

٢ مقابل

وذلك مع

ذلك وح فيختص كل منهما بما اكتسبه ولا يشاركه الآخر فيه نعم لو عملا معاً لواحد مثلاً بأجرة ودفع إليهما شيئاً واحداً عوضاً
عن أجرتهما التي وقعت في استيجارهما على العمل دفعة تحققت الشركة ح الا انها ليست من شركة الاعمال بل هي من شركة الاموال عقد
نحو ما لو اجر كل منهما نفسه منفرداً ثم أدّى إليهما مالاً مشتركاً فان الشركة في كمال خاصة قطعاً وح فلا اشكال في جوازها
من غير فرق بين اختلاف عملهما واتفاقه ولا بين علمهما بنسبة احد العملين الى الآخر وعدمه لان الاعتبار في الصفقة
بالعلم بعوض المجموع لا الاجزاء واجرة المجموع هنا معلومة فيقسم عليهما على نسبة العمل بان ينسب اجرة مثل عمل احدهما الى
اجرة مثل العملين ويؤخذ من المسمّى بتلك النسبة ومع الجهل بالنسبة يحتمل التساوي والصلح كالمالين الممتزجين
المجهول قدر كل منهما والله العالم ولا تصح ايضاً الشركة بالوجوه المفسرة في الاشهر باشتراك وجيهين لا مال لهما على ان ما
يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبتاعان ويبيعان ويؤديان الاثمان وما فضل فهو لهما ومثل ان يبتاع وجيه
في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ويشترطا ان يكون الربح بينهما ومثل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون
العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما ومثل ان يبيع الوجيه مال الخامل
بزيادة ربح ليكون بعض الربح له ولا شركة عندنا في المفاوضة التي هي اشتراك شخصين فيما يغنمان به من وجه وارث
ولقطة وركاز وغير ذلك ويغرمان من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغير ذلك مطلقاً بينهما كالعبيد بعض
او باستثناء قوت اليوم وثياب البدن والخادم وبذل الخلع والصداق والجناية على حر لعدم الدليل عليها عندنا
بل الاجماع بقسميه على فسادها كالشركة بالمعنيين الاولين وانما تصح عندنا بالاموال بلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه
ايضاً على الصحة فيها وهي المسماة بشركة العنان من عنان الدابة او من عنّ اذا ظهر او من المعانة بمعنى المعاوضة لامكان
تقريب وجه المناسبة في الجميع والامر فيه سهل وان اطنبوا فيه لكن لا ثمرة معتد بها فيه انما الكلام فيما في لك
فانه بعد ان ذكر تفسير شركة الوجوه قال والكل عندنا باطل خلافاً لابن الجنيد فانه جوزها بالمعنى الاول ولابي
حنيفة مطـ وح فاذا اذن احدهما للآخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء منهما وكانا شريكين لانه بمنزلة التوكيل وقد
اشترى باذنه فيشترط شروط الوكالة واذا كان المال لاحدهما وباع الآخر سواء كان خاملاً او لا صح البيع لوكالة المالك
واجرة المثل لعمله ولا شيء له في الربح وكانه اخذ ذلك مما في جامع صدـ قال واما شركة الوجوه فان احدهما اذا اشترى
من دون توكيل الآخر له او مع قصد اختصاصه به فلا حق للآخر في الربح وان وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة
العنان كما انه قبل ذلك بعد ان ذكر الاجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الاقسام الثلثة قال والمراد ببطلانها
عدم ترتب آثارها عليها اما شركة الابدان فلأنها ان عملا كان لكل منهما اجرة عمله ان تميز قليله كانت او كثيرة وح
الاشتباه فيأتي ان الاصح الصلح وان كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان لامتزاج المالين وان عمل احدهما فلا شيء للآخر
في اجرة عمله واما شركة المفاوضة فلان كل ما انفرد به احد الشريكين من تجدد مال او ثبوت غرم فهو مختص به ولو كان
في مال احدهما المتجدد من جنسه مال للآخر فسدت شركة كما وصفه وانقلبت الى شركة العنان قلت محل البحث بين
الاصحاب ومن اجاز ذلك من العامة مشروعيته عقد الشركة على احد الوجوه الثلثة على حسب شركة العنان وعدمه
واتفاق مصداق من مصاديقها مع مصداق الوكالة لا يقتضي بجوازها مع فرض عدم قصد الوكالة وعدم ارادتها وانما
المراد عقد شركة على هذا الوجه الذي يصح ان يكون موردا للوكالة لو قصدت به ومن ذلك يظهر لك ما في المحكي عن
الاردبيلي فانه بعد ان حكى عن التذكرة بطلان شركة الابدان عندنا سواء اتفق عملهما او اختلف وسواء كانت الصنعة
البدنية في مال مملوك او في تحصيل مباح كالاحتطاب والاحتشاش قال ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع فان كان فهو

في الشركة بالوجوه

منه
والا فلا مانع فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال في البعض الآخر وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض ولا مانع
في العقل والشرع ولهذا جوّز بعض اقسامها بعض العامة ثم نقل عنه ايضا ان شركة المفاوضة عندنا باطلة وليس
لها اصل وبه قال الشافعي ومالك ثم نقل عنه ايضا في شركة الوجوه انها عندنا باطلة وبه قال الشافعي ومالك ثم
قال والبحث فيها مثل ما تقدم فتدبر وبه ما لا يخفى عليك من الخروج عن محل النزاع اذ لو فرض كون المقصود منها المعنى الصحيح وان
سموه باسم الفاسد من البطلان اذا اراد ثابت عقد الشركة الذي اوقعاه ذلك وان اتفق في بعض الاحوال
اتحاد مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح الذي لم يكن مقصودا لهما بل به يظهر فساد ما وقع من جوز هاتين العامة معللا
برجوعها الى الوكالة او نحوها مما هو صحيح اذ قد عرفت حقيقة الحال والله العالم ويتساوى الشريكان في الربح والخسران
مع تساوي رأس المال المشترك بينهما بان كان لكل منهما نصفه ولو كان لاحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس
ماله وكذا عليه من الخسارة بلا خلاف في شيء من ذلك مع اتفاقهما في العمل واختلافهما فيه بل الاجماع بقسميه عليه
والسنة مستفيضة او متواترة فيه مضافا الى اقتضاء اصل المذهب وقواعده في الشياع ذلك بل هو مقتضى الاصول
العقلية ايضا وما عن بعض العامة من منع الشركة مع عدم استواء المالين في القدر وبعض انهما في العمل بناء على
ما لو اختلفا في الربح واتفقا في المال مدفوع بان المعتبر في الربح المال والعمل تابع فلا يقر اختلافه كما يخرج مع تساويهما
في المال عند الكل وان عمل احدهما اكثر انما الكلام فيما لو شرط لاحدهما في عقد الشركة زيادة في الربح مع تساوي
المالين او التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين مع عدم مقابلة ذلك بعمل فقيل والقائل الشيخ وابنا
ادريس وزهرة والقاضي وجماعة بل عن السيد منهم الاجماع عليه كما عن ابن ادريس نسبته الى الاكثر تبطل الشركة اعني   بطلان الشركة
الشرط والتصرف الموقوف عليه ويأخذ كل منهما ربح ماله ولكل منهما اجرة عمله مثل بعد وضع ما قابل عمله في ماله وقيل
والقائل المرتضى والفاضل والدة وولده تصح الشركة والشرط بل عن الاول منهم دعوى الاجماع عليه وقيل والقائل ابو
الصلاح في المحكي عنه تصح الشركة دون الشرط الذي هو انما يفيد الاباحة لها لا ملكها فيجوز الرجوع فيها ما دامت عينها
باقية والاول اظهر عند المص وجماعة ممن تأخر عنه لانه اكل مال بالباطل باعتبار عدم مقابلة الزيادة لعوض لكون
الفرض انها ليست في مقابل عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم الى احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة
والاسباب المثمرة للعقد معدودة وليس هذا احدها ولا هو اباحة للزيادة اذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له
فيكون اشتراطها اشتراط لتملك شخص مال الغير بغير سبب ناقل للملك كما لو دفع اليه دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فيكون
باطلا فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير فلا يندرج في قوله
تم اوفوا بالعقود ولا في قوله م المؤمنون عند شروطهم خصوصا مع الجواز في عقد الشركة المنافي للزوم المستفاد
من الاية والرواية واما عدم اندراجه في قوله تع الا ان تكون تجارة عن تراض فظاهر اذ الشركة ليست من التجارة
في شيء اذ هي مقابلة مال بمال وهذا الشرط ليس تجارة ايضا لعدم تضمنه معاوضة ومجرد التراضي غير كاف في اللزوم
بل غايته الاباحة ولا كلام في جوازها ولكنه غير مفروض المسألة لعدم استناده الى عقد الشركة ومع ذلك الاباحة
في صورة جهلها بفساد الشرط محل مناقشة بل منع نعم لو شرط ذلك للعامل بعنوان التجارة صح لان العمل بمال فهو في معنى
القراض كما نبه عليه المص بقوله اما لو كان العامل احدهما وشرطت الزيادة للعامل صح وكان بالقراض اشبه بل
لا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة بل ولا في جوازه مع العمل منهما ايضا وشرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر
وبذلك كله ظهر لك دليل القولين الآخرين وفساده ضرورة الاجماع المحكي للثاني منهما المعارض باجماع ابن زهرة المعتضد

بالشهرة

٥٠

ربين

بالنسبة الى الاكثر وبما سمعت ولكن مع ذلك للنظر في جميع ما عرفت مجال وذلك ولان الاتفاق على الجواز في الصورتين المذكورتين
ليس هو الا الشرط المزبور اذ ليس ذلك تراضيا قطعا لعدم قصده اولا وعدم تمامية في الصورة الثانية منها ثانيا
وعدم اعتبار ما يعتبر في التراضي من كونه تسلطا في الصحة هنا ثالثا فليس ح الا الشرط المزبور وهو كما انه قابل للتمليك
في مقابلة العمل او ذبابا وانه قابل للتمليك مجانا المتحقق شرعا بالهبة وغيرها فلا يكون الاكل به ح اكلا بالباطل بل هو
بالسبب الصحيح الشرعي الذي هو الشرط واحد الاسباب المملكة ودعوى كونه في مثل هذا العقد الذي مفاده الاذن
خاصة لا يفيد ملكا اذ هو كعقد العارية ببعضها انه كلك مع اشتراطها للعامل خاصة كما ان دعوى كون عقد الشركة
من الجانبين فلا تشمله الاية ولا الرواية منزلة الالزام ومبنية ايضا على ان المراد من عقدها المشترط فيه ذلك انما هو
العقد المشتمل على الاذن في التصرف لا عقد انشاء الشركة الذي قدمناه سابقا فانه لازم لا ينافيه بطلان
الشركة بالقسمة كما لا ينافي لزوم البيع الاقالة واما منع كونه تجارة عن تراض بمعنى تكسب ولو لاحدهما بالطريق المزبور فواضح
المنع هذا مع انه ينبغي في صورة تساويهما في العمل وشرطت الزيادة لاحدهما او اختلافهما وشرطت لادناهما بالصحة
بناء على ما ذكروه لما يلتجا بالعمل ممن اشترطت له واما الاخر فهو متبرع بعمله لم يرد في مقابلته شيء اذ لا امتناع
في ان يعمل احدهما بعوض والاخر بلا عوض هذا كله مماشاة مع الخصم والا فالمتجه الصحة مطلقا حتى اذا لم يعملا بل نمى المال
في نفسه لما في القواعد من اشتراط الصحة بذلك قال ولو شرط التفاوت مع تساوي المالين او التساوي مع تفاوتهما
فالاقرب جوازه ان عملا او احدهما سواء شرطت الزيادة له او الاخر في غير محله ضرورة انحصار السبب في استحقاق
الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في الصورتين كما هو واضح هذا وبذلك كله ظهر لك ما في كلام جملة من الاصحاب كالكركي
وثاني الشهيدين واتباعهم فلاحظ وتامل مضافا الى ما عساه يستفاد من النصوص المتقدمة في كتاب الصلح الدالة على
جواز اشتراط راس المال لاحد الشريكين وللاخر الربح وعليه الخسران التي قد سمعت تفصيل الكلام فيها والى النصوص المتضمنة
للمشاركة في الجارية على ان يكون الشريك شريكا في الربح دون الخسران وان حملها بعض الناس على معنى اخر بقي الكلام فيما
ذكره المصنف وغيره من تسمية الربح على المالين بناء على البطلان اذ هو غير تام بناء على انه مقتضى بطلان عقد الشركة بمعنى
الاذن لصيرورة التصرف فضوليا فلا ربح نعم هو كذلك مع فرض الاجازة واما الاجرة لكل منهما فالوجه فيها احترام عمل
المسلم واقدام المتبرع منهما بزعم صحة العقد مع فرض بطلانها لم يكن منه تبرع لكن ينبغي منع الاجرة مع ذلك لاصالة
البراءة نعم هو كذلك بالنسبة الى من شرطت الزيادة له باعتبار صيرورته كالقراض الفاسد فان العامل يستحق الاجرة
فيه لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فكذا هنا اما من لم يشترط لعمله شيء فهو في حكم المتبرع على تقديري الصحة
والفساد اللهم الا ان يقال ان الشريك كذلك مع فرض صحة عقد الشركة المقتضي لذلك لا مع فساده اذ هو عمل وقع من
المسلم لا عوض له بزعم صحة الشركة عقد مع بيان فسادها يبقى مضمونا على من وصل اليه وكشف الحال في اصل المسألة
ان ظاهرهم عدم رجوع احد منهم على الاخر باجرة عمله مع حصول عقد الشركة منهما بناء منهم على ان مقتضى عقد الشركة
ذلك بل لعل ظاهرهم ذلك في صورة وقوع العمل من احدهما ايضا وان كان قد يناقش في اصل اقتضاء عقد الشركة بناء
على ثبوته بالمعنى المزبور اما على تقدير عدمه فالمتجه بمقتضى القاعدة احترام عمل المسلم الواقع باذن من عمل له
كما ان المتجه ذلك ايضا لو وقع العمل بزعم صحة عقد الشركة المقتضي لمجانية العمل مع بيان فساده فيتجه الاجرة للقاعدة
المزبورة ايضا اللهم الا ان تكون معارضة بقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده مع امكان منع ذلك هنا بان يقال
ان عدم الاجرة في الفرض انما هو لظهور التبرع منها لا انه من مقتضيات عقد الشركة كي يتجه اتيان القاعدة نعم ولكن

التجارة عن تراض

قد عرفت النظر في اصل ثبوت هذا العقد عندنا فضلا عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته ودعا يؤيّده قول المص هنا
الشرط والتصرف كالمحكي عن اول الشهيدين وثاني المحققين من ان المراد من البطلان هنا بطلان الاذن لان الشركة
العنانيّة الحاصلة بالمزج مع كونه عقدا لا توصف بالصحة والبطلان لعدم امكان وقوعها على وجهين وان نظّر فيه في ك
تبعا لجامع المقاصد بان الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه اي كونه عقدا يثمر الاذن في التصرف توصف بالصحّة
والبطلان بل ليس منها الشركة في الاموال الا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يمنع من كون
الشركة بمعنى العقد المزبور هي العنانيّة كما يظهر من ذكر الفاضل كونه من مزج المالين والعقد لكن يشكل بانها اذا لم
تكن شركة فهي احد الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق الشركة
في المذكورات وغاية ما يترك انها تطلق على المعنيين معا لكنها في الثاني اظهر لكن قد عرفت فيما تقدم
فساده ان لم يكن اجماعا بالامر بدعليه كما انك قد عرفت هنا وصف الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه بالصحة
والفساد وان مقتضى صحيحها مقتضى للملك على الاشاعة في نفس الامر بخلاف فاسدها فانه اشاعة في الظاهر لا الواقع
فتم جيدا واذا اشترك المال باحد اسبابه السابقة لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الا مع اذن الباقين لحرمة
التصرف في مال الغير بغير اذنه ومجرد اشتراك المال لا يدل عليها وان كان بالمزج الاختياري المراد به حصول
الشركة فان حصل الاذن منهم لاحدهم تصرف هو دون الباقين لحصولها بالنسبة اليه دونهم ولكن يقتصر من التصرف
على ما اذن له فيه فان اطلق له الاذن في التصرف جاز لان الاطلاق في ذلك غير مناف لعدم العزم فيه وتصرف
كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح الغالبة المنزل عليها الاطلاق لكن في جامع المقاصد ولكن يتقيد ذلك بالمصلحة
او يكفي فيه عدم المفسدة كالوكيل فيتصرف ح معها ببيع وشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواصلة او يقبض واقباض
وحوالة واحتيال ورد بالعيب ونحو ذلك نعم يقوى عدم جواز السفر به بالمال لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول
الاذن له فيه بل في جامع المقاصد وكذا لا يجوز مكاتبة عبد الشركة ولا اعتاقه على مال ولا تزويجه ولا المحاباة بمال
الشركة ولا اقراضه ولا المضاربة عليه ونحوه لان ذلك كله ليس من توابع التجارة الغالبة التي ينزل عليها الاطلاق نعم لو اقتضت
المصلحة شيئا من ذلك لم يبعد ان يستبد الشريك بجواز فعله قلت لا ضابط للتقييد في حصر انواع التصرف المستفاد من الاطلاق وجواز
فعلها للمأذون ضرورة الاختلاف في ذلك زمانا ومكانا وحالا انما الكلام في اعتبار المصلحة في الجواز او يكفي فيه
عدم المفسدة وجهان لا تخلو ثانيهما من قوّة وفيما ذكره من جواز فعل ما لم يتناوله الاطلاق مع اقتضاء المصلحة وعدم تيسر
اذن الشريك ضرورة عدم كفا[illegible] مع فرض عدم تناول الاطلاق ودعوى شموله لها معها منافية لاعتبار عدم تيسر
اذن الشريك ضرورة الجواز بدونها وان تيسّر فالمتجه الحكم بفضولية كل ما لم يشمله الاطلاق سواء كان فيه
مصلحة او لا الا ما يرجع منه الى حكم الامين من حيث كونه امينا والله العالم ولو عين له السفر في جهة لم يجز له الاخذ
في غيرها او نوعا من التجارة لم يتعد الى سواها سواء نهاه عن غيرها ام لا لان عدم الاذن كاف فيه في عدم الجواز لكن
لو خالف في جهة السفر ضمن وصحّت التجارة لعدم بطلان الاذن بذلك اللهم الا ان يفرض تقييدها به فيكون فضوليا
ح كما انه لو خالف في نوع التجارة كان كذلك ايضا ويضمن ايضا لو عين غاية للجهة التي قد اذن بالسفر اليها فتجاوزها
في تلك الجهة الا ان الظاهر كون الضمان فيها وفي ما شابه ذلك انما هو لو تلف بما لم يأذن له فيه او بتفريط مما
يضمن به الامانة مع التعدي فيها ولا ينافي ذلك بقاء الاذن في التصرف اما لو خسر مثلا فيما هو ماذون فيه
فلا ضمان على الظاهر للاصل فيه وعلى كل حال فقد ظهر لك انه لو تعدّى المتصرف ما حد له ضمن من غير توقف في التعدي

التصرف من احد الشركاء بغير اذن

بين ان

بين ان يكون لعدم تناول اطلاق الاذن او لمخالفته خصوص ما نص عليه وفي الحدود وبين ان يكون نوع التجارة وزمانها
ومكانها وغير ذلك كما انه ظهر لك ايضا انه لو اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف وان انتزعا الاطلاق
الاذن وعدم ما يدل على تقييدها بذلك نعم لو شرطا الاجتماع لم يجز الانفراد الذي لم يؤذن فيه ولكل من الشركاء الرجوع
في الاذن الذي هو كالتوكيل والمطالبة بالقسمة لانها غير لازمة على وجه يجب الاستدامة عليها اذ الناس مسلطون
على اموالهم بانواع التسلط الذي منه افرازه عن غيره وفي كشف ذلك من المتن اشارة الى معنيي الشركة فالى الثانية
التي هي العقد بقوله اولا ولكل الخ والى الاولى التي هي من الاحكام بقوله والمطالبة وهي غير لازمة بمعنييها ثم قال
والانسب في قوله غير لازمة ان يكون اشارة الى الثانية لان الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد قلت لا يخفى
على كل ناظر لكلامهم وغيره ممن ذكر نحو ذلك انه لا شركة عندهم بالمعنى الذي اثبتها هو ضرورة صراحة كلامهم في ان
ذلك كله من احكام الاذن التي هي ليست من العقود قطعا نحو الاذن في دخول الدار واكل الطعام بل لو جعلت عقدا
فليست الا وكالة لا شركة نعم بناء على ما ذكرناه من العقد يراد بجوازها عدم وجوب الاستدامة عليها واطلاق كونها
شركة بالقسمة كما هو واضح هذا ولكن ينبغي ان يعلم انه بناء على ثبوت عقد الشركة للاذن في التصرف يتجه انفساخه
بقول احدهما فسخت الشركة لانه عقد جائز فيرتفع العقد من اصله بذلك بخلاف ما لو قال احدهما للآخر عزلتك
فانها لا تنفسخ بذلك وان انعزل المعزول بذلك الا ان العازل يبقى على الاذن له في التصرف لاشتمال الشركة على ما هو
كالوكالتين ووقوع العزل عن احدهما لا يقتضي العزل عن الاخرى ولعله الى ذلك اشار في التذكرة بالفرق بين قول
احدهما فسخت العقد وقوله عزلتك فما وقع من بعضهم من التأمل فيما عدم الفرق بينهما في غير محله وذلك لوضوح
الفرق باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من اصله بخلاف العزل وعدم الذي هو كالمانع من اقتضاء العقد اثره وكذا
لو وقع المنع من التصرف لم يحتج الى عقد جديد للشركة بخلاف ما لو فسخه فتأمل جيدا والله العالم ولو شرط التأجيل في
الشركة لم يصح على وجه يترتب اثره عليه بحيث يكون لازما وليس لاحدهما فسخها من قبله بل لكل منهما ان يرجع با
لشركة ان شاء لانها عقد جائز فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه نعم يجيء لك يترتب على الشرط المزبور عدم جواز تصرفهما
بعده الا باذن مستأنف لعدم تناول الاذن له فلشرط الاجل اثر في الجملة قلت كانه اخذ ذلك مما في المختلف
قال قال الشيخان الشركة بالتأجيل باطلة والظاهر ان مرادهما ليس البطلان من راس بل عدم اللزوم ولهذا قال المفيد
عقيب ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه اي وقت شاء وقال ابو الصلاح ولا تأثير للتأجيل في عقد
الشركة ولكل شريك مفارقة شريكه اي وقت شاء وان كانت مؤجلة والعبارتان رديئتان والتحقيق ان للتأجيل اثرا
وهو منع كل منهما عن التصرف بعده الا باذن مستأنف وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة اذ لكل منهما الفسخ
قبل الاجل انتهى ولا يخفى عليك ان الامر كما ذكراه في اشتراط الاجل وعقد الشركة الذي هو بمعنى الاذن في التصرف الراجع
الى الوكالة اما اذا كان اشتراطه في عقد الشركة على المعنى الذي ذكرناه فلا ريب في بطلانه بمعنى عدم الاثر له
اصلا ان اريد به الغاية للملك الحاصل بالعقد المزبور ولا يجب الوفاء به ان اريد به الالتزام ببقائها اليه لما
عرفت من الاجماع على كونها عقدا جائزا بالنسبة الى فسخها بالقسمة فلا يلزم الشرط المزبور فيها ولعل حمل كلام الشيخين
وابي الصلاح بل والمتن على ذلك اولى ولا ينافيه ان بطلانه على المعنى الاول يقتضي بطلان الشركة ايضا قلنا هو
كذلك ولكن لما كان الامتزاج على اي وجه وقع يورث الشركة ولو في الظاهر لم يكن للحكم ببطلانها وجه الا ما سمعته
فتأمل جيدا والله العالم وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انه لا يضمن الشريك ما تلف من مال الشركة الذي في يده

المطالبة القسمة

شرط التأجيل

باذن الشريك من غير تعد ولا تفريط لانه امانة ومن المعلوم نصا وفتوى انها لا تضمن الا مع التعدي او التفريط في
الاحتفاظ وانه يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف سواء ادعى سببا ظاهرا كالغرق والحرق او خفيا كالسرقة لاطلاق
الادلة خلافا لبعض العامة فاوجب البينة في الاول وكذا من المعلوم انه بلا خلاف ولا اشكال ان القول قوله مع يمينه
لو ادعى عليه الخيانة او التفريط لكونه منكرا والبينة على المدعي واليمين على من انكر وتبطل الاذن بالجنون والموت
والاغماء وغيرها مما تبطل به العقود الجائزة كالحجر لسفه او فلس وغير ذلك بخلاف اصل التركيب فانها لا تبطل بشيء
من ذلك نعم ينتقل امر القسمة الى الوارث او الولي وغيرهما كما هو واضح الفصل الثاني في القسمة وهي تمييز الحق

الفصل الثاني في القسمة

كل شريك من غيره والظاهر انها امر براسه ليست بيعا ولا صلحا ولا غيرهما سواء كان فيها رد او لم يكن بلا خلاف
اجده فيه بل ولا اشكال ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها في صحتها كغيره مع اختلافها مع البيع
والصلح وغيرهما في اللوازم والاحكام المقتضية لاختلاف الموضوعات ح فلا شفعة فيها ولا خيار مجلس ولا يبطل
بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه في البيع ولا غير ذلك خلافا لبعض العامة نعم هي لا تقع في غير قسمة الاجبار الا باتفاق
الشركاء بلا خلاف اجده ولا اشكال للاصل بل الاصول ثم هي بالنسبة الى الاجبار وعدمه مع طلب احد الشركاء وعدمه
تنقسم قسمين فكل ما لا ضرر في قسمته على احد الشركاء ولو من جهة الاحتياج الى رد يجبر الممتنع مع التماس الشريك او
وليه للقسمة بلا خلاف اجده فيه بل الظاهر الاتفاق عليه ولعله العمدة مضافا الى وجوب ايصال الحق الى
مستحقه مع عدم الضرر والضرار ويكون الاقتسام بتعديل السهام بالاجزاء ان كانت متساوية كيلا او وزنا او
ذرعا او عدا بعدد الانصباء او بالقيمة ان اختلفت كالارض والحيوان والقرعة بان يكتب اسماء الشركاء والسهام
كل في رقعة وتصان ويامر من لم يطلع على الحال باخراج احدها على اسم احد المتقاسمين او احد السهام هذا ان اتفقت
السهام قدرا ولو اختلفت قسم على اقل السهام وجعل لها اول ويعينه المتقاسمون حذرا من التنازع فمن خرج اسمه اولا
اخذ من الاول واكمل نصيبه منها على الترتيب ثم يخرج الثاني ان كانوا اكثر من اثنين وهكذا وبذلك تتم القسمة
من غير حاجة الى شيء اخر من رضى بعده وغيره في قسمة الاجبار وغيرها بل ولا في قسمة الرد ان كان القاسم في
الجميع منصوبا من الامام اما اذا كانت من غيره ولو منصوبا منهما فالمشهور على ما قيل الاحتياج الى رضى بعد القرعة خصوصا
في قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدل على الرضا بذلك وقد يشكل اولا بالاكتفاء بالرضا بالقرعة
وثانيا بنحو الاكتفاء بها في قسمة الاجبار وربما اذا كان القاسم منصوبا من الامام مع انها في الجميع كالمعاوضة التي
يتبعها الخصم وثالثا بما دل من نصوص القرعة على كونها مميزة للحق ومشخصة له وملزمة به بل لعل ذلك هو حكمة
شرعها وبذلك يخرج عن اصالة بقاء المال على الاشاعة انما الكلام في اعتبارها في القسمة كما عن ظاهر كثير او
الجميع ثم عن الاردبيلي الاكتفاء بالرضا من كل من الشركاء باخذ سهم لعموم تسلط الناس على اموالهم ولانه من التجارة
عن تراض ولا كل مال الغير بطيب نفسه و[illegible] قوله ع في رجلين لا يدري كل منهما كم له عند صاحبه فقال لكل واحد
منهما لك ما عندك ولي ما عندي لا باس اذا تراضيا وطابت انفسهما ثم قال وان لم يكن ملكا فلا كلام في جواز التصرف
فيه بتصرف الملاك مثل ما قيل في المعاطاة والعطايا والهدايا والتحف واحتمال كونه حراما لكونه بعقد باطل
عمل المسلمين على خلافه بل على الملك وتبعه المحدث البحراني بل اطنب في انكار التوقف على القرعة في شيء من اخبار
القسمة التي ذكروها هنا وفي كتاب القضاء بل ليس المقام في شيء من موارد نصوص القرعة وانما غايته ما يدل عليه
بعض اخبارها كقوله ع ما تنازع قوم ففوضوا امرهم الى الله عز وجل الا خرج سهم المحق والرجوع اليها عند التنازع واما

مع التراضي

مع التراضي فلا اثر في الاخبار لاعتبارها وكان التبع ومن تبعه تبع العامة فيها وفيما ذكروه من احكام القسمة بل ظاهر جملة من النصوص
الاكتفاء بالرضا من دون قرعة كخبر غياث عن جعفر عن ابيه عن علي ع في رجلين بينهما مال بايديهما ومنه غائب عنهما
اقتسما ما في ايديهما واحال كل واحد منهما نصيبه فاقتضى احدهما فهو بينهما وما يذهب منهما ومثله خبر الثمالي عن
ابي جعفر ع وخبر محمد ابن مسلم عن احدهما ع وصحيحا معوية ابن عمار وعبد الله ابن سنان وخبر سليمان ابن خالد فان
ظاهر الاقتسام لما في ايديهما ذلك ثم اطنب في ذلك السعي اساءة الادب والظن بالاصحاب وقال انهم اتبعوا في ذكر القرعة
وغيرها من احكام القسمة العامة بناء على ما حكاه عن الاصحاب من اعتبار التعديل والقرعة في القسمة وانه لا يكفي
التراضي قلت قد يمنع صدق الاقتسام شرعا بعد فرض اعتبارها فيه على المجرد عنها فلا دلالة بما في النصوص المزبورة
على ما ذكره خصوصا بعد تعارف القرعة قديما وحديثا بين المتشرعة في قسمة الاموال المشتركة بل قد يقال ان تعريف
القسمة بانها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضي ان حصة الشريك كلي دائر بين مصاديق متعددة فمع فرض تراضي
الشريكين مثلا على قسمة المال نصفين على ان يكون نصف كل واحد منهما في النصف المقسوم احتيج الى القرعة في تشخيص كل
من النصفين لكل منهما فهي حينئذ لاخراج المشتبه وهو محل القرعة لا ان القرعة ناقل وجزء ناقل لاستحقاق كل من المالين
الى الآخر بل ان لم يكن اجماع امكن القول بان المراد من اشاعة التركة دوران حق الشريك بين مصاديقه لا ان
المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين في كل جزء يفرض والا لاشكل تحققها في الجزء الذي لا يتجزى من المال المشترك
وبذلك يتجه اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل السهام ورضى الشريكين مثلا في تعيين كلي مصداق استحقاقهما
بالخارج ضرورة كونه حينئذ من موارده بل لا يتحقق الاقتسام بدونها لعدم كون المراد منه رضاهما بان ما للمرء من الحق
فيما هو في يد شريكه عوض ما في يده لكي يكون من قبيل المعاوضات والا لم يعتبر فيها تعديل السهام لتسلط الناس
على اموالهم مع ان ذلك ليس من القسمة شرعا قطعا ولاشكل ايضا قسمة الوقف من المطلق والا لكانت بعض اجزاء
الوقف طلقا والطلق وقفا على ان هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه في عقد من العقود المملكة كيف يكون سببا
لنقل المال الى الآخر فضلا عن لزومه وليس في القسمة عموم او اطلاق يقتضي ذلك كي يكون حينئذ امرا مستقلا برأسها
بخلافه على ما ذكرنا فانه غير محتاج الى شيء من ذلك ضرورة الاكتفاء برضاهما في تشخيص المصداق والقرعة لاستخراج حصوص
ما لكل منهما من المصداق وانما تكشف حينئذ عن كونه حقه في الواقع ذلك ولا يحتاج بعد الى عموم او عقد
آخر يقتضي الملك او اللزوم فتدبر جيدا فانه دقيق نافع ومع الاغضاء عن ذلك كله يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الاصحاب
على اعتبار القرعة في القسمة شرعا مؤيدا بتعارف ذلك بين عوام المتشرعة فضلا عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرضا
بعد القرعة من بعضهم في الجملة ولا اقل من ان تكون القرعة كالمعاطاة في اللزوم ومفادها كالمعاطاة نحو ما سمعته
من الاردبيلي واما احتمال عدم اعتبارها اصلا وان التراضي كاف في الاشتغال واللزوم فلا ينبغي الاصغاء اليه
بوجه من الوجوه هذا كله بناء على ما حكاه عنهم والا فقد يقال ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي

في جبر الممتنع

لاجلها العدل بينهما اما مع فرض التراضي منهما فلا باس كما يومي اليه قول المص اما لو اراد احد الشركاء التخيير فالقسمة
جائزة لكن لا يجبر الممتنع عنها ضرورة صراحته ذلك في صحة القسمة بدونها وان الفرق بينها وبين الاولى جبر
الممتنع عنها دونها واصرح منه ما في اللمعة في القسمة في القضاء واذا عدلت السهام واتفقا على اختصاص كل
واحد بسهم لزم والا اقرع وفي الروضة في شرحها لزم من غير قرعة لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتميز الحق
ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها والا يتفقا على الاختصاص اقرع وهو صريح في عدم اعتبارها في اصل القسمة الا حال

عدم التراضي والمحدث البحراني قد صرح باعتبار الضرر وعلله مع التراضي وهو عين ما سمعته منهم فما ادري ابن محل
انكارهم ثم قد بنا فيش في اصل الاكتفاء بالرضاء في اللزوم بما ذكرناه اولا وتسمع انشاء الله تمام البحث في ذلك وغيره في كتاب
القضاء والله العالم وبقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه وحاصل البحث فيه انك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كل

قسمة الجوهر والسيف

ما لا ضرر فيها على احدهما لما سمعت وكل ما في قسمته ضرر عليهما كالجوهر والسيف والعضادتين الضيقة قال في الصحاح
اعضاد كل شيء ما يشد حواليه من البناء وغيره كاعضاد الحوض وهي حجارة تنصب حول شفيره وكذا عضادتا الباب
وهما خشبتاه من جانبيه وعلى كل حال فما كان نحو ذلك لا يجوز قسمتها بمعنى انه لا يجبر الممتنع عنها لقاعدة نفي الضرر
والضرار والنهي عن السرف والتبذير وتلف المال في غير الغرض الصحيح لكن في المتن هنا لا يجوز ولو اتفق الشركاء على القسمة
ومقتضاه عدم مشروعيته اصلا وفيه انه مناف لقاعدة تسلط الناس على اموالها والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح على
انه هو في كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمة بنقص القيمة لا خروج المال عن الانتفاع ولا ريب في عدم منع المالك
من التصرف فيه وان استلزم نقصا فاحشا في المال وايضا فالاثم بذلك لا ينافي صحة القسمة شرعا كل ذلك مع انه مناف
لما قيل من وجوب الاجابة فيما لو فرض ضرر القسمة على احدهما خاصة وكان الطالب لها المتضرر قال في س ولو تضرر
احد الشريكين دون الآخر اجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس لكن قال في المط لا يجبر احدهما بضرر الطالب وهذا حسن
ان فسر الضرر بعدم الانتفاع وان فسر بنقص القيمة فالاول احسن وكانه لحظ امكان فرض الغرض الرافع للسفه على
تقدير التفسير بالنقص بخلافه على الآخر ثم ان الظاهر ما صرح به في س واللمعة والروضة من عدم وجوب الاجابة الى المهاياة
اي قسمة المنفعة بالاجزاء او بالزمان بل في الاصح سواء كان مما يصح قسمته اجبارا ام لا وانه لا يلزم الوفاء بها
لو اجاب اليها فيجوز لكل منهما فسخها ولو استوفى احدهما فسخ الآخر او هو كان عليه اجرة حصة الشريك لكن قد
يقال اذا كانت قسمته ممتنعة انه يتبرع الحاكم منهما مع التشاح ويوجرها عليهما ان كان لها اجرة جمعا بين الحقين
وصونا للمال عن التلف وجبرا للضرر كما صرح به في س وعلى كل حال فقد ذكروا في الضرر المانع من الاجبار على القسمة
اقوالا ثلاثة اولها انه عبارة عن نقصان العين او القيمة نقصانا لا يتسامح فيه عادة لان فوات المالية مناط
الضرر في الاموال فيندرج ح في قاعدة لا ضرر ولا ضرار مؤيدا بعدم ما يصلح للعموم للقسمة الشرعية السالمة عن معارضة
اطلاق وعموم يقتضيها وبذلك وغيره ترجح على قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه الطالب له ثانيها انه عبارة
عن عدم الانتفاع بالمال اصلا ثالثها عدم الانتفاع به منفردا كما كان ينتفع به مع الشركة مثل ان يكون بينهما دار صغيرة اذا
قسمت اصاب كل واحد منهما موضعا ضيقا لا ينتفع به في السكنى وان امكن الانتفاع به في غير ذلك ولا يخفى عليك ما في الثاني
والثالث ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار الاعم من اولهما وقاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه الطالب
له ما ينافي ثانيهما فيتعين ح تفسيره بالاول ولو فرض الضرر على احدهما بالقسمة والآخر يتبعهما رجع الى الترجيح ومع فرض
التساوي الى القرعة هذا كله في الضرر الناشئ من القسمة من حيث كونها كذلك اما الضرر الخارج عنها المترتب على
حصولها ففي مساواته للضرر منها وعدمه وجهان والمتولي للجبر في مقامه الحاكم او امينه بل الظاهر قيام العدول
هنا مقامه مع تعذره ولو تعذر الجبر قسم الحاكم بل لعل ذلك كذلك بمجرد امتناعه كما ذكرنا في نظائره بل الظاهر قيام الحاكم

قسمة الوقف

مقامه مع غيبته وطلب الشريك القسمة خصوصا مع ما يتفرع بعدمها بل ربما احتمل او قيل بقيام الشريك مقام شريكه
فيها مع فرض منع ظالم له وارادة قبض حصته فينوي الشريك ح القسمة مع الغاصب وتكون قسمة لكنه كما ترى وقد
تقدم لنا سابقا البحث في ذلك وكيف كان فلا تقسم الوقف وان كان مشتركا بين اربابه بلا خلاف اجده فيه لان الحق

[illegible]

في الوقف والطلق

ليس بمحصور في المتقاسمين ولا ولاية للمتولي على ذلك نعم لو كان الملك الواحد وقفا وطلقا صح قسمته لانه تمييز للوقف
عن غيره وظاهرهم عدم الفرق في ذلك بين تعدد الواقف واتحاده وتعدد المصرف واتحاده كما صرح به في س قال ويجوز
قسمة الوقف من الطلق لا الوقف وان تعدد الواقف والمصرف لكن في الحدائق الموافقة على ذلك مع اتحاد الموقوف
عليه سواء تعدد الواقف او اتحد قال واما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بان كانت الدار مشتركة بين زيد
وعمرو نصفين مثلا فوقف زيد نصفه على ذريته وعمرو نصفه على ذريته فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين
قسمة هذا الوقف بان يعين احد النصفين عن الاخر كما يعين الوقف عن الطلق ومنه ان المانع انما يتحقق وهو عدم
انحصار الحق في الحاضرين وعدم ثبوت ولاية للمتولي على المعدومين بالنسبة الى ذلك لكن الانصاف ان ذلك يقتضي
عدم جواز قسمة الوقف من الطلق باعتبار عدم انحصار الحق في القاسمين مع ذي الطلق واحتمال ان القاسم مع
الواقف مع ان مثله يأتي في الفرض بدعوى خروج المال عن ملكه بالوقف فلا حق له كما لو باعه فالتحقيق ان الوقف
متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلة وكثرة ونحو ذلك لم يجز قسمته اما
اذا لم يكن كذلك كما في المثال بل وفيما لو اتحد الواقف وتعدد المصرف مثل ما لو وقف نصف دار على زيد مثلا وذريته
والاخر على عمرو وذريته لم يكن بأس في قسمته الا ان المتولي لها الحاضرون من الموقوف عليهم وولي البطون وليس في ذلك
مقتضيا لدخول بعض اجزاء كل نصف في الاخر والا لاقتضى ذلك في الطلق والوقف وانما هي تمييز وان نحو ذلك تختلف
فيها وبذلك يظهر ما في الذي حكيناه عن الشهيد في س واما اطلاق المص ونحوه فيمكن تنزيله على غير ما سمعته من
الصور ثم ان الظ مشروعية قسمة الوقف من الطلق وان استلزمت ردا من الموقوف عليه لكن هل تكون
الاجزاء المقابلة للرد وقفا او ملكا وجهان اقواهما الثاني نعم لو كان الرد عوض وصف كالجودة والرداءة اتجه
كونه وقفا والله العالم وبالجملة الكلام في غير ذلك من احكام القسمة فان المص وغيره قد اطنبوا فيها في كتاب
القضاء والله المؤيد المسدد الفصل الثالث في لواحق هذا الباب وفيه مسائل الاولى لو دفع انسان دابة مثلا

الفصل الثالث

وآخر راوية الى سقاء على الاشتراك الحاصل لم تنعقد الشركة قطعا لانها مركبة من شركة الابدان والاموال مع عدم
المزج والكل باطل وفي محكي المط ولا يمكن ان يكون اجارة لان الاجرة فيها غير معلومة فكان ما يحصل للسقاء وعليه
مثل اجرة الدابة والراوية ومثل الحمل يقسمون اثلاثا ويكون لكل واحد منهم على صاحبه ثلثا اجرة ماله ويسقط الثلث
لان ثلث النفع حصل له والوجهان فيه يأتيان ويكون الاول على جهة الصلح والثاني من الحكم بل عن ابن ادريس ان ما
قربه الشيخ قريب فلا تحقيق هذه المسألة ومسألة الاحتطاب الاتية وما شابههما من المسائل مبني على التحقيق في
ان الوكالة في حيازة المباحات جائزة اولا والظ الاول خلافا لما سمعته من المص في كتاب الوكالة من ان التملك
بالحيازة مفتقر الى نية الملك بها او الى عدم نية عدم الملك او كونه للغير كما تسمع البحث فيه انش وح فصاحب
الراوية والدابة ان كانا قد وكلا السقاء في الحيازة لهما وقد امراه بذلك وقد حازه بينهما مع نفسه اتجه شركة
الجميع بالماء وكان لكل منهم ثلثا الاجرة على الاخرين فان تساوت لم يرجع احدهم على الاخر بشيء والا رجع بالتفاوت
وان لم يكن ثم توكيل وقد حازه بنية الجميع ولم نقل بجريان الفضولية في نحو ذلك او لم تحصل الاجازة اشكل ملكهم له
ايضا بناء على اعتبار نية الملك في الحيازة مع ورود كون الفرض نية الملك للغير معه فضلا عن نية التملك بل ح بناء
على الاباحة الاصلية بملكه اذا جدد النية لملكه نعم لو قلنا بالملك بها فهو احق مع نية الملك للغير التي فرضناها اتجه ح كونه
ملكا لهم ومن ذلك يظهر لك ما في اطلاق المص الذي تبعه عليه الفاضل في القواعد خصوصا مع تردده الاتي ولذا

فانه اولى بنحو ذلك بل منه يظهر لك الحال فيما ذكره المص ولو دفع اليه دابة مثلا ليحمل عليها والعقد مثلا بالاجرة
والحاصل لهما فالشركة باطلة قطعا لما عرفت لكن ان كان العامل قد آجر الدابة فالاجر لمالكها وعليه اجرة مثل العامل فان كان
الحاصل يفي باجرة مثل الدابة والعامل فذاك وان قصر تحاصا كل على قدر اجرة مثله سواء كان ذلك بسؤال العامل او
سؤال المالك او سؤالهما وفي القواعد تحاصا ان كان بسؤال العامل والا فالجميع للعامل وعن التمهيد احتمال وجوب اقل
الامرين من الحصة المشروطة والحاصلة بالتحاص ووجوب الاقل ان كان بسؤال العامل والاكثر ان كان بسؤال المالك
لكن لا يخفى عليك وضوح ما ذكرناه اولا لان الفرض حصول الرضا منهما معا بذلك سواء كان سؤال المالك او العامل او
بسؤالهما معا نعم قد يشكل الحكم بان الاجر لمالك الدابة مع انه لم يصدر منه الا الاذن بتلك المعاملة الفاسدة فينبغي
ح ان تكون اجارتها من الفضولي اللهم الا ان يق بالاكتفاء بهذا الاذن كما تسمع نظيره في القراض هذا كله اذا
اجر عين الدابة اما اذا تقبل حمل شيء في ذمته ثم استعمل الدابة فيه فالاجر المسماة له وعليه اجرة المثل للدابة
بالغة ما بلغت كما في القواعد وجامع المقاصد وغيرهما فانه قد يجري بعض الكلام السابق او جميعه هنا والله العالم ولو كان
من واحد دكان ومن الاخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل على ان يكون الحاصل بينهم فلا ريب في بطلان الشركة
ثم ان كان عقد اجرة طحن الطعام من واحد ولم يذكر اصحابه حتى في النية ففي القواعد والجامع الاجر المسمى له وعليه
اجرة المثل لاصحابه وان نواهم وقصدهم على وجه التزموا بطحنه ارباعا فالاجر بينهم ارباعا ويرجع كل واحد منهم على
كل واحد من اصحابه بربع اجر مثله اذ هو كما لو استاجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا فان الاجر بينهم ارباعا لان كل واحد
منهم لزمه طحن ربعه بربع الاجرة ويرجع كل واحد منهم على كل واحد بربع اجرة مثل العمل الصادر منه او من دابته
او منفعة دكانه ثم لو استاجر الدكان والبغل والرحى والرجل بكذا للطحن كذا فالاجر بينهم على قدر اجر مثلهم لكل واحد
من المسمى بقدر حصته نحو ما لو باع عبدين مثلا لرجلين بثمن واحد لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقا من
الفضولية بل وجريان بعض الكلام السابق من التحاص في المسمى ونحوه نعم الا ان تفصيل الكلام في ذلك يحتاج الى اطناب
تام لا يسعه المقام وان كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد الفقه العامة المحيط بما اسلفنا وما يأتي لنا والله الموفق
والمعين بل منه يظهر لك الحال فيما ذكره المص في المسألة الثانية وهي ما لو حاز شخص صيدا او احتطب او احتش بنية انه
له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان ما جمعه له خاصة ضرورة انك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل بل والاجارة في
عدم تأثير النية والا كان تأثيرها الملك للغير ويمكن ان يكون المص بنى ذلك على اختياره عدم قبول مثل ذلك
الوكالة نعم جزمه بان ملكه لما جمعه مبني على ما سمعت ومن الغريب ذلك منه مع قوله متصلا به وهل يفتقر المحيز في
ملك المباح الى نية التملك قيل لا وفيه تردد ونحوه وقع للفاضل في عدة اللهم الا ان يق المعتبر في الحيازة مع النية على
القول بها نية اصل الملك فيقتضي عدم كون الحيازة لغرض اخر غير اصل الملك ولا ريب في ان نية اصل الملك
محققة فيما نحن فيه وانما فقد كونه له باعتبار فرض كون القصد له ولغيره فلا ينافي ح الجزم بالملك التردد في
اعتبار النية ضرورة كون المحوز له على التقديرين اما على القول بكونها من السبب القهري حتى مع النية للغير فواضح واما
على الثاني فالنية لاصل الملك محققة وان لم تقع للغير لعدم التوكيل والاجارة وكيف كان فقد قيل في وجه التردد
من ان اليد والسلطنة سبب في الملك ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف على امر اخر ولان الحيازة
سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعا بالاتفاق لان اقصى ما يقول المشترط للنية انها سبب ناقص لحصول الملك
بها في الجملة امر محقق واشتراط النية لا دليل عليه فينفى بالاصل ومعارض ذلك باصالة عدم حصول الملك للمباح

عدم تأثير النية

الا بالنية

السمكة

الا بالبيّنة نقتضي تساقطها فتبقى سببية اليد بغير معارض ومن انه قد ذكر في فتوى الاصحاب ان ما يوجد في جوف
ما يكون في البحر يملكه المشتري ولا يجب دفعه الى البائع واما الاول في جامع صدق بانه لو اشترطت في حصول الملك
لم يصح البيع قبلها لانتفاء الملك والثاني معلوم البطلان لاطباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم
بحصول البيّنة حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما هو بيع او استنقاذ لعدم بيّنة الملك لا يلتفت الى قول من
يدعي الاستنقاذ وقد حكي عن فخر المحققين انه اورد ذلك على والده العلامة فاجاب عنه بان ارادة البيع تستلزم
بيّنة التملك واعترضه بانه انما يتم فيما يتولى هو البيع اما اذا تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال او وكيله المفوض
اليه جميع اموره التي منها بيع ما حازه من المباحات لم يندفع السؤال قال ويرد عليه ايضا حيازة الصبي والمجنون
على ما ذكره يجب ان لا تثمر ملكا جزما لعدم البيّنة وعدم الاعتداد باعتبارها خصوصا المجنون ولو خلّف ميّت تركة
فيها ما علم سبق كونه مباحا الاصل ولم يعلم بيّنة التملك لا يجب على الوارث تسليمها في الدين والوصيّة والاصح
عدم اشتراطها قلت لا يخفى عليك ما في جميع هذا الكلام ضرورة ان الوجه الاول من التردد ان اريد ان اليد لسلطنة
واليد فيما نحن فيه سبب في الملك كان مصادرة محضة وان اريد به ان ذلك سبب في الحكم بالملك كما هو مقتضى
ما ذكره من التعليل كان خروجا عما نحن فيه وذلك لان الحكم بملكيّة ما في اليد لسببه من اسبابها لا يقتضي كونها
هي نفسها سببا وهو محل البحث وتعارض الاصلين بعد تسليم كون الاول منها اصلا معتدا به وان تساقطها لكن
دعوى بقاء سببية اليد بحالها لا معارض لها واضح الفساد لعدم دليل يقتضي ذلك على وجه يجدي فيما نحن فيه
واما الوجه الثاني فيمكن المناقشة فيه اولا بمنع ان ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءا لها ولا كالجزء مثل غذائها
يتبعها في الحيازة ولو سلّم فاقصى ما يلزم اشتراطه اما القصد الى الحيازة بالجبارة او الشعور ولو تبعا
اما بيّنة التملك فلا واما التأييد ففيه ان اتفاق الناس الذي ذكره انما يفيد الحكم بملكيّة ما في اليد
لحصول سببه لا انه يقتضي كونها سببا في الملك وان علمنا بخروجه عن البيّنة ومنه يعلم ما في مناقشته بما
لو خلف ميّت تركة الخ بل وبما ذكره من الصبي والمجنون باعتبار امكان الحكم بملكيه ما في ايديهما ايضا من غير حاجة
الى اختيارهما والمراد ببيّنة التملك عند القائل بها هي القصد بالحيازة دخول المحوز تحت اليد والسلطنة العرفية
فيتبعها الملك الشرعي بل قد يدعى ان المباحات هي ملك لكافة الناس لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض والحائز عيانه
يسبق الى الخصوصيّة نحو ملك شخص الفقير لشخص الزكوة المملوكة جنسا لجنس الفقراء ونحو فالمراد ببيّنة البيّنة غير
المقصود بالحيازة للادخال تحت الحوزة والسلطنة كمن حول ترابا عن طريق او حجرا ونحو ذلك مريدا التمكن من
عبوره او قطع غصن شجرة مباحة عن مكان يريد السكنى فيه ونحو ذلك مما لا يريد ادخاله تحت حوزته فانه
بذلك لا يدخل في ملكه ولا يمنع من اخذه ولا يخرج عن اصل الاباحة وكذا من حفر بئرا في المباح لمجرد الارتفاق
كما عن التنقيح المحكي عنه اعتبار البيّنة قال في باب احياء الموات من ط اذا نزل قوم موضعا من الموات فحفروا فيه
بئرا ليشربوا منها ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم ولم يقصدوا التملك بالاحياء ~~اذا قصد تملكه وهو~~
فانهم لا يملكونها بالاحياء لان المحيي انما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه وهو كالصريح فيما ذكرناه من بيّنة التملك
بل يمكن من ذلك ان يكون النزاع لفظيا فان القائل بعدم اعتبارها انما يريد الاكتفاء بقصد الحيازة وادخال
المحوز تحت الحوزة والسلطنة العرفية لا انه يقول بالملك قهرا كالارث وان لم يقصد بالجبارة ضرورة عدم
كون ذلك حيازة عند التحقيق وبالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما في كلام جملة من الاعيان منهم الكركي وغيره بل لو قلنا

في الكلام في اليد
والسلطنة

لعدم لقطنه النزاع كان وجه التردد في المتن وعنوان دعوى ظهور قولهم من اجيب اوصاف تهمة فهو لهم الذي هو كالقول من ما من حاز
شيا يقوله في الملكية فهو وانه من باب الاسباب فلا تعتبر البينة ومن كون المراد بذلك العقد بالاحياء والحيازة الى
دخول المحوز تحت الحوزة والسلطنة بل لابد عن حيازة فاعتبر البينة بهذا المعنى ولعل الاقوى ذلك كما ان الاقوى
عدم اعتبارها ان اريد بها انشاء قصد التملك نظرها الذي يمكن دعوى السيرة بل المفروض على خلافه وربما ياتي
لذلك مزيد تحقيق في محله انشا فان البحث انما ذكرنا استطرادا والله العالم المهذب المسئلة الثالثة لو كان بينهما مال
بالسوية فاذن احدهما خاصة لصاحبه بالتصرف بالمال المشترك على ان الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا لانه لا اشتراك
للعامل في مكتسب مال الامر وهو حقيقة القراض اذ المفروض كون المال بينهما نصفين فنصف الربح الذي يستحقه انما
هو لكونه شريكا في المال ولا شيء له من الربح زايدا على ذلك في مال الامر كي يكون قراضا ولا شركة اصطلاحية وان حصل
في ٢ الامتزاج بالمال لعدم كون العمل منهما بل لا يكون المال في يد العامل الا بضاعة وذلك لا حصة الشريك مال مبعوث
للتجارة في يد الوكيل قال في الصحاح البضاعة طائفة من المال تبعثها للتجارة تقول ابضعته واستبضعته
اي جعلته بضاعة وفي المثل كمستبضع تمر الى هجر وبنحو ذلك صرح في غيره لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل
منهما في الشركة وقد عرفت البحث فيه سابقا كما انك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المالين
والله العالم المسئلة الرابعة اذا اشترى احد الشريكين فادعى الشريك انه اشتراه لهما فانكر فلا اشكال ولا خلاف في ان
القول قول المشتري مع يمينه لانه ابصر بنيته وكذا لو ادعى انه اشتراه لهما فانكر الشريك فان القول ايضا قوله بيمينه
لمثل ما قلناه من كونه ابصر بنيته بعد فرض كونه امينا بل لو ادعى عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركة مثلا
امكن تقديم قوله لان الاختلاف في فعله ولان ظاهر يده يقتضي الملك نعم لو قال كان مال ... الشركة وخلص لي
بالقسمة كان القول قول الاخر في انكار القسمة بيمينه كما هو واضح المسئلة الخامسة لو باع احد الشريكين سلعة
بينهما وهو وكيل في البيع والقبض للثمن عن صاحبه فادعى المشتري تسليم الثمن الى البايع الذي هو الوكيل وصدقه الشريك
الموكل برئ المشتري من حصته قطعا لاعترافه بالوصول الى وكيله على القبض وهو الشريك البايع بل لو وقعت الدعوى
بين المشتري والبايع قبل شهادته اي الشريك المصدق اذا كان عدلا على القابض في النصف الاخر الراجع اليه وهو
حصة البايع لارتفاع التهمة بجر النفع اليه عنه في ذلك القدر لكن اذا كانت شهادته التي اداها بوصول حصته
اليه اما اذا كانت بوصول جميع الثمن اليه والغرض عدم قبولها بما يرجع اليه لكونه مدعيا مرة وللجر النفع اليه
في ذلك امكن عدم قبولها ايضا في حق البايع ايضا بناء على ان الشهادة متى ردت في البعض ردت في غيره
وان كان لنا نظر فيه بل ظاهر الفاضل في قواعده القبول بل لعله ظاهر غيره هنا ايضا لولا قولهم فيما ياتي في جمع
في المسئلتين اشبه نعم لو تقدمت خصومة الشريك مع شريكه البايع على الخصومة بينه وبين المشتري امكن ح
ردها للخصومة ح بناء على قدحها في الشهادة وبهذا يظهر لك ان هنا خصومتين احدهما بين البايع والمشتري
والثانية بين الشريكين فان تقدمت الاولى فطالب البايع المشتري بنصيبه من الثمن فادعى الاداء واقام
البينة ولو كان احد اجزائها الشريك المقر على الوجه الذي عرفت برئ من الحقين بالاقرار والبينة وان لم
يكن له بينة حلف البايع انه لم يقبض نصيبه اخذ نصيبه ولا يشاركه فيه الاذن لان اقراره بقبض البايع اولا يقتضي
ان يكون ما قبضه ثانيا بيمينه ظلما فان نكل عن اليمين ردت على المشتري فاذا حلف انه قبضه الجميع انقطعت عنه
المطالبة فان نكل الزم بنصيب البايع فقط لاصالة الابقاء الثمن في ذمته كما هو واضح ثم ان كان المشتري قد اقام البينة

الكلام في الشركة

تسليم ثمن

بالقاضي

وان
باقباضه البايع جميع الثمن كان للاذن المطالبة بحصته قطعا اما اذا كان ذلك لشاهد ويمين او باليمين المردودة فلا
قلنا انها كالبينة لانها كذلك في حق المتخاصمين فيما تخاصما فيه لا مطلقا نعم للشريك تحليف البايع على عدم قبض حصته
فان نكل حلف الاذن اليمين المردودة واخذ منه وليس للبايع الرجوع بذلك على المشتري ولا المخاصمة لانه يزعمه
ظالما وربما نوقش بان ذلك لا يسقط حق الدعوى بعد ان كان وكيلا عن الشريك في القبض وقد اعترف الوكيل بحصته
ويدفعها ان اعتراف الشريك بقبض البايع يقتضي انعزاله بفعل متعلق الوكالة بل يقتضي سقوط حق الدعوى له على
المشتري وفي جامع المقاصد انه يمكن ان ينظر بوجه اخر وهو ان البايع قد ادى عن المشتري بامر الحاكم فله الرجوع و
يجاب بان ذلك انما هو مع تحقق الدين وهنا قد برئ المشتري منه باقرار الاذن ويمكن ان يقال ان اقراره انما
ينفذ في حقه لا في حق البايع ونحن لا نلزم المشتري بالدين جزما ليكون ذلك موقوفا على ثبوته وانما نجوز له
المخاصمة والطلب على تقدير الثبوت قلت فيه ما لا يخفى من عدم الحق للبايع بعد اعتراف صاحبه انه لا حق
للبايع على المشتري فكيف تنصب المطالبة بحق يعترف صاحبه بسقوطه ثم قد يقال ان له المقاصة مع امكانها
من غير فرق بين هذا الحق وغيره فتدبر جيدا ثم اعلم ان نكول البايع في خصومة المشتري لا يمنع من حلفه في خصومة
الشريك لانها خصومة اخرى وبالعكس وقد عرفت ان اليمين المردودة كالاقرار او كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقا
ولو تقدمت خصومة البايع مع المشتري اما اذا تقدمت خصومة منه مع الشريك فالحكم كما عرفت غير ان شهادة
الشريك على البايع في الخصومة مع المشتري يشكل قبولها بما عرفت واما المشتري فعلى كل حال لا تقبل شهادته
ولعل المص لم يتعرض للفرق بين الصورتين نظرا الى عدم وجود كثير فرق او الى عدم قبولها على التقدير بن لما عرفت
هذا كله بنا على دعوى المشتري التسليم الى البايع اما لو ادعى تسليمه الى الشريك الاذن فصدقه البايع وكان قد
اذن له في ذلك فالحكم كما عرفت نعم اذا لم يكن ماذونا من البايع لم يبرأ المشتري من شيء من الثمن لان حصة البايع
لم يسلمها اليه ولا الى وكيله والفرض ان الشريك ينكر فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف ادى المشتري جميع الثمن ولكن
مثل تقبل شهادة البايع هنا على الشريك في وصول حقه اليه كما تقبل شهادة الشريك عليه في المسئلة السابقة
لعدم التهمة باعتبار بقاء حقه عند المشتري وفيه ان التهمة هنا باعتبار ارادة استقلاله بما ياخذه
من المشتري اذ الشريك له مشاركته فيما ياخذ منه لكون الثمن مشتركا بينهما ومن هنا قال المص المنع في المسئلتين
اشبه باصول المذهب وقواعده وان كنت قد عرفت تفصيل الحال في المسئلة ثم لو فرض اندفاعها هنا
من هذه الجهة بابراء البايع ونحوه اتجه القبول ومما ذكرنا لك سابقا يظهر لك الوجه هنا في الخصومتين بل الظ
توجه اليمين هنا على الشريك مرتين احدهما للمشتري بانه لم يقبض منه شيئا والثانية اذا اراد الشركة مع البايع فيما
اخذه من المشتري لانه يدعي عليه وصول حقه اليه ولا يسقط هذا اليمين عنه باليمين في خصومته مع المشتري
التي هي خصومة اخرى ولا يرجع البايع على المشتري بما اخذه من الشريك لاعترافه بكونه ظالما له فيه كما هو واضح
المسئلة السادسة لو باع اثنان عبدين كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما
قيل يصح البيع ويكون الثمن مشتركا بينهما على نسبة قيمة ماليهما للاصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن لعدم الدليل
على اعتبار العلم ازيد من ذلك وهو العلم بمجموع الثمن وقد حصل اما حال الاجزاء فيكفي مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع
واستواء النسبة كالذي الى الاشياء وكذا لو اجرا نفسهما صفقة باجرة معينة وقيل يبطل لان الصفقة تجري
مجرى عقدين فيكون ثمن كل واحد مجهولا لكن فيه ما عرفت كما اوضحنا ذلك في كتاب البيع اما لو كان العبدان

شهادة البايع

السادسة

لهما على الشركة او كانا لواحد جاز بلا خلاف ولا اشكال بل وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة مثلا متساويين في القيمة على
انفراده فباعاهما صفقة لانقسام الثمن عليهما بالسوية فلا جهالة كما هو واضح المسألة السابعة قد بيّنا ان شركة الابدان
في شركة الابدان
باطلة فلو وقعت واجرا نفسهما مثلا بعنوان الشركة فان تميز اجرة عمل احدهما عن صاحبه بالشبهة اختص بها
ولا يشاركه الاخر فيها لما عرفت من بطلان عقد الشركة وان اشتبهت كان لم يسم لاحدهما اجرة مخصوصة قسم حاصلهما
على قدر اجرة مثل عملهما واعطي كل واحد ما قابل اجرة عمله عن ما سمعته في بيع كما لين المتفاوتين بالقيمة بثمن واحد
كما هو واضح لكن يحتمل في المسألة وجهان اخران ذكرهما العلامة احدهما التساوي في الحاصل من غير نظر الى العمل لا
صالة عدم زيادة احد العملين على الاخر وان الاصل مع الاشتراك التساوي ولصدق العمل على كل واحد منهما و
الاصل عدم زيادة احد العملين على الاخر ولان الاصل تابع للعمل ويضعف بمنع كون الاصل في المال والعمل التساوي
والثاني الرجوع الى الصلح لان به يتعين البراءة كما في كل مال مشتبه ولا شبهة في انه اولى مع اتفاقهما عليه والا
فما اختاره المص اعدل من التسوية قلت لا يخفى عليك ان مفروض المسألة في المتن لا ياتي فيه الوجوه الثلثة بل ليس
فيه الا الوجه الذي ذكره المص وذلك لان صريح العبارة او كصريحها كون العمل من كل منهما معلوما الا انه لم يكن
باجرة مسماة وانما سميت الاجرة لمجموع العملين بعنوان شركة الابدان من الاجرين وهذه ليس فيها بعد فرض صحة
الاجارة الا التوزيع على اجرة مثل عملهما عن بيع كما لين المفروض بن تشخص الذي تقدم الكلام فيه سابقا وقد ذكرها
العلامة سابقا على هذه المسألة فقال ولو باعا بثمن واحد او عملا باجرة واحدة ثبتت الشركة سواء تساوت القيمتان
او اختلفتا ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة ومفروض العلامة في عدم ليس فيه الا وجهين التساوي بالاجرة والاصح
الصلح وهو ما اذا لم يتميز عمل كل منهما قال واذا تعين عمل الصانع عن صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوي
والصلح ومراده انه مع تعين العمل يختص بالاجرة ولو ما يخصه من التوزيع اما مع اشتباه العمل ففيه الاحتمالان وكان
وجه الاول منهما اجتماع الاجرتين معا في ذلك الحاصل لانه الفرض والاصل عدم زيادة احدهما على الاخر ولان الاصل
مع الاشتراك التساوي ولكن فيه ان الاصل المذكور لم تم فان زيادة مال يستحق على اخر ونقصانه او مساواته ليس
اصلا اذ لا رجحان لاحدهما على الاخر لا بحسب نفس الامر وهذا انما يتحقق في مثلهما اذا اشتركا في السبب المملك
كما لو اقر لهما بملكية شيء او اوصى لهما او وقف عليهما فان السبب المملك لهما هو الاقرار والوصية والوقف والاصل
عدمها بخلاف ما نحن فيه فان العمل الصادر من احدهما يملكه من الاخر غير الصادر من الاخر واستوائهما وتفاوتهما على حد
سواء بالنسبة الى النفي بالاصل فلم يبق الا الصلح كما في كل مال اشتبه امتزاجا وجهل قدر كل منهما بل لعل ذلك كذلك لو تميز عمل
احدهما وجهل الاخر او تعين بعض عمل كل منهما وجهل الباقي وبالجملة متى جهلت النسبة بين العملين اللهم الا ان يقال
ان التساوي هو الراجح منهما فيكون كالاصل لان فضله كالامر العدمي لكن لنا في ذلك نظر ذكرناه في محله وعلى
الثامنة الشريكان
كل حال فهو غير موضوع ما ذكره المص من العمل المتميز والله العالم المسألة الثامنة اذا باع الشريكان مثلا سلعة
بينهما صفقة ثم استوفى احدهما منه شيئا ولو بنيته انه لم يشاركه الاخر فيه كما في كل دين مشترك بين اثنين
فصاعدا وذلك لان كل جزء وجزء منه مشاع بينهما فان ما في الذمة انما يخالف الشخصي الخارجي في الكلية والجزئية
اما الاشاعة فيهما على حد سواء فيها ففي المرسل عن ابي حمزة قال سئل ابو جعفر عن رجلين بينهما مال منه بايديهما و
منه غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما واحال كل منهما نصيبه من الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الاخر قال
ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله ومثله خبر غياث عن جعفر عن ابيه عن علي الا انه قال ما اقتضى احدهما

فهو بينهما

منه بينهما وما يذهب بينهما وكذا خبر محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام وموثق ابن عمار وفي خبر عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله
سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين
او بعضه وخرج الذي للآخر أيرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله لكن هذه كنصوص بل والمتن مما شابهه
مشتمله على الحكم بالشركة وما ذاك الا لحصول الاذن من الشريك بالقبض ولو لزعم القسمة الفاسدة ونحوها وح يتجه
الحكم بشركة المقبوض انما الكلام فيما اذا قبض احد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه وقد ذكر غير من
الاصحاب بل نسب الى المشهور ان للشريك مشاركة الآخر فيما قبض وله مطالبة الغريم بمقدار حصته فيكون
قدر الحصة في يد القابض كقبض الفضولي ان اجازه ملكه وتبعه النماء وان رده ملكه القابض ويكون مضمونا
عليه على التقديرين والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية وذلك لانه وان اتجهت الشركة مع اجازة القبض
لها بناء على تأثير مثل هذه الاجازة في مثله لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لا وجه له بل المتجه بقاؤه على
ملك الدافع وذلك لان القابض ليس له الا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه ومع فرض عدم اجازة الشريك لم يكن
المال المقبوض مال الشركة ونية الدافع انه مقدار حصة القابض لا تنفع في ذلك وان وافقتها نية القابض بل لو
رضي الشريك بكون ذلك حصة للقابض وما بقي في ذمة الغريم حصة له لم يجد لعدم صحة مثل هذه القسمة ودعوى
جوازها لكنها مراعاة بقبضه فان حصل تم والا رجع على القابض وشاركه فيما قبضه تجسر بلا دليل بل هو مخالف
للمعروف من عدم صحة قسمة الدين والمعلوم من انه مع عدم اجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة
لا يكون كذلك فكيف يعود اليه بعد عدم القبض وح فان لم يكن ثمة اجماع اشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه
بعد عدم الاجازة بل ولا بعضه اللهم الا ان يقال انه برضا الشريك يكون المقبوض حصة للقابض بمحض المقبوض مالا
للشركة بل هو في الحقيقة اجازة لذلك نعم جعله حصة له لا يتم قسمة الا بقبض الشريك مقابله فمع فرض عدمه يبقى
ذلك كمال المقبوض على الشركة فله الرجوع عليه واخذ نصيبه منه اذ لم يدخل في ملك القابض وذلك الرضا الذي
وقع من الشريك اولا بكون ما قبضه حصة له لا يفيد تمليكا مع احتماله لكن على جهة التزلزل الا ان الاولى خلافه
وعلى كل حال فما ذكرنا يظهر لك ضعف ما عن ابن ادريس من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه ولا يلحقه
الآخر فيه لان اشتراك الدين في الذمة لا يمنع من تعيين حق واحد في معين ولان لكل واحد ان يبرئ الغريم
من حقه ويصالح منه على شيء على وجه اذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه ولان متعلق الشركة بينهما هو العين
وقد ذهبت ولم يبق لهما الا دين في ذمته فاذا اخذ احدهما نصيبه لم يكن قد اخذ عينا من اعيان الشركة فلا يشاركه
الآخر فيما اخذ ولان ما في الذمة لا يتعين الا بقبض المالك او وكيله والمقبوض ليس منه وذلك لان الشريك
لم يقبض الا لنفسه ولانه ان وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب ان لا يكون للشريك فيه حق لكن المقدم حق
بالاتفاق فالتالي مثله وذلك لان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها لاستحالة التكليف
بالممتنع فاذا ثبت تمكنه من دفعها على انها للشريك ودفعها كذلك امتنع ان لا يكون للشريك الآخر فيها حق ولانه لو كان
للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبح وهو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذنه ولانه لو كان كذلك لوجب ان
يبرأ الغريم من مقدار حصته من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه لكن التالي باطل عندهم
لكونهم يحكمون بانه مخير في الاخذ من ايهما شاء ولانه لو نهاه الشريك عن قبض حصته فان تمكن من المطالبة بحصته
وجب ان لا يكون للشريك فيها حق والا امتنع اخذ حصته بمنع الشريك اياه من القبض ولان المقبوض اما ان يكون مالا مشتركا

اولاً فان كان مشتركاً وجب على مقدم نفقته ان يتلف منها كسائر اموال الشركة ويبرئ ذمته الغريم منه والا لم يكن للشريك
فيه حق وقد مال الى ذلك في جامع صدك فقال ولا يخفى ان بعض هذه الوجوه في غاية القوة والمتانة والروايات لا
تنافي ومهما امكن فقابلة للتاويل فيختار ابن ادريس وقوي متين كما اعترف به المص في لك وان كان الوقوف مع المشهور
وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين الا ان الجمع كما ترى بعد التأمل الجيد فيما ذكرناه مع قطع النظر عن النصوص اذ الاول
مصادرة محضة خصوصاً بعدما عرفت من تحقق الاشاعة في العين كلية كانت او شخصية وابراء احدهما الغريم
او الصلح معه بشيء يتمحض الباقي للشريك الاخر فان الابراء يتعلق بالمشاع على اشاعته وكذا الصلح مع فرض حصولهما وعدم
تصور ملك الشخص على نفسه ليتمحض الباقي للشريك الاخر وقد ذكروا طرقاً متعددة لاختصاص كل منهما بما ياخذه اذا
الا انه خروج عن مفروض المسألة والثالث انه مصادرة محضة كما عرفت والرابع مبني على ملك الشريك لما يقبضه
الاخر فهو او القائل لا يلتزمه بل يشترطه بالاجازة على الوجه الذي سمعت والخامس بعد تسليم ان للمطالبة
منفرداً وجوب الاداء له لا يقتضي ما ذكره الخصم بل يمكن ان يكون ولو بالجمع مع شريكه او بتعيين حصته باحد الوجوه
المعينة له عن صاحبه بصلح ونحوه والسادس قد عرفت توقف الحق على الاجازة فلا جهة فيح فيه والسابع مع الاجازة
لا اشكال في الابراء والتحيز انما هو في الاجازة وعدمها كما عرفت ذلك مفصلاً والثامن قد عرفت الجواب عنه
بما عن الخامس كما ان التاسع يعرف ما فيه مما تقدم في السابع ونحوه في الغريب ودعوى المنافرة في هذه الوجوه
التي هي واضحة الفساد والتحقيق ما عرفت نعم لكل منها طرق في الاختصاص لو اراده كالصلح والتأجيل المقتضي للافراز
بعقد لازم مثلاً والضمان والحوالة والشراء بها شيئاً ونحو ذلك مما لا ينافي التصرف بها على الاشاعة كما اوضحنا
ذلك كله في محله والله العالم المسألة التاسعة اذا استاجر للاحتطاب والاحتشاش او الاصطياد مدة معينة

الاحتطاب الاحتشاش

صحت الاجارة لعموم ادلتها الشامل لذلك ويملك المستاجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة لانه نماء عمله المملوك له فهو
في الحقيقة كالعبد المملوك الذي يكون لسيده نعم قد يشكل ذلك بانه لا يتم بناء على عدم قبول هذه الاشياء للنيابة
الذي صرح به المص في كتاب الوكالة وانه يملكها المحيز وان نواها للغير كما سمعته منه هنا مع التردد في اعتبار النية
ومن هنا صرح في جامع صدك بانه اذا جوزنا التوكيل في هذه جوزنا الاجارة عليه وان منعناه منعنا الاجارة كما حكي
له عن صريح كره قال وظاهر يع في كتاب الشركة صحة الاستئجار مطلقاً نظراً الى انه بالاجارة تصير منافع الاجير مملوكة
للمستاجر فيملك ما حازه ويضعف بانه على القول بعدم صحة التوكيل في الحيازة لا يتصور صحة الاجارة قلت قد يمنع
التلازم ويكون ح ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالاجارة وهو غير التملك بالنيابة والحيازة فتبع جيداً
والامر سهل عندنا بعدما عرفت ان المختار عندنا صحة التوكيل واعتبار النية بالمعنى الذي سلفناه هذا كله لو
ضبط العمل بالمدة واما لو استاجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله غالباً بناء على اشتراط ذلك فيها كما
عرفت نظيره في البيع وتعرف تمامه في كتاب الاجارة والله الموفق والمعين كتاب المضاربة من الضرب في

كتاب المضاربة

الارض لضرب العامل فيها للتجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال فكان الضرب مسبباً عنهما طرداً لباب المفاعلة
في طرفي الفاعل او من ضرب كل منهما في الربح بينهم او لما فيه من ضرب المال وتقليبه كذا قيل ولعل من ذلك في تحقق
المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للاخر من المال والعمل ويقال للعامل مضارب بكسر الراء لانه الذي يضرب في الارض
ولم نعثر على اشتقاق اهل اللغة اسماً لرب المال من المضاربة التي هي في لغة اهل العراق فاما اهل الحجاز فيسمونه
قراضاً من القرض بمعنى القطع الذي منه المقراض فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل الذي اقتطع له

قطعة

قطعه من الربح او من المقارضة بمعنى المساوات والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الآخر بشعره ومنه قارض الناس ما قارضوك فان تركتهم لم يتركوك بمعنى ساوهم فيما يقولون ولما كان العمل من العامل والمال من المالك فقد تساويا وتوازنا او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل استحقاقه وان اختلفا في كميته ويقال للعامل هنا مقارض بالفتح وللمالك بالكسر والامر في ذلك كله سهل لعدم الثمرة المعتد بها انما الكلام فيما ذكره في الك بقوله الكرم قال واعلم ان من دفع الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو اما ان يشترطا كون الربح بينهما او لاحدهما او لا يشترطا شيئا فان شرطاه بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه للمالك فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فكذلك الا ان للعامل اجرة المثل وفيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة اذ اقصاه كونها من القسم الفاسد لا انها من القرض المحتاج الى انشاء تمليك المال بعوض في الذمة وقصد كون الربح للعامل اعم من ذلك وان كان هو من اللوازم الشرعية لملك المال ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحققه لخبر الصحيح عن ابي جعفر عن امير المؤمنين عم من ضمن تاجرا فليس له الا راس ماله وليس له من الربح شيء والموثق عن ابي جعفر عم من ضمن مضاربة فليس له الا راس المال وليس له من الربح شيء اذ كما ان التضمين من لوازم القرض فكذا الاختصاص بالربح يدفعها ان المتجه بعد تسليم مضمونهما وعدم رجحان معارضها عليها الاقتصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعية ولو فرض عدم اراده الفاضل والشهيد ذلك بل مرادهما ان الدفع المجرد عن عنوان خاص يقتضي الحكم عليه بذلك كان فيه ايضا منع تحقق القرض شرعا وعرفا بذلك لما عرفت واصالة الصحة لا تصلح قرينة على مرادنا الحاكم مع انه لا ابهام في المعلوم خلوه عن هذا القصد نعم يمكن ارادتهما بيان حال كل من القراض والقرض والبضاعة في حد ذاته لا ان المراد تنزيله على الوجه المزبور وح يخرج عما نحن فيه ثم ان ظاهر العبارة المزبورة الفرق بين قرض البضاعة باستحقاق الاجرة في الثاني دون الاول الذي نسب عدم الاجرة فيه الى ظاهر الاصحاب في الرياض بل قال هو حسن ان لم يكن هناك قرينة من عرف وعادة بلزومه والا فالمتجه لزومه قلت لا يخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما اذ التصريح في الاول منهما بكون الربح باجمعه للمالك اعم من التبرع بالعمل وعدم ارادة الاجرة عليه فالمتجه عدم الفرق بينهما وان العامل يستحق الاجرة فيهما ومقام احتمال التبرع لا يدفع اصالة احترام عمل المسلم الماذون فيه من المالك فضلا عن الواقع بامره واعترافه من غير فرق في ذلك بين الوقوع بصورة المضاربة وغيرها ما لم يعلم منه ارادة التبرع ولا بين كون العامل من المعدين لاخذ الاجرة كالسمسار ونحوه وغيره مع فرض كون العمل ما له اجرة في العادة بل مقتضى الاصل المزبور استحقاق الاجرة على العمل الماذون فيه وان لم ينو العامل الرجوع بها بل يكفي عدم قصده التبرع ولعله الى ذلك اشار الفاضل المقداد في شرح يع قال في البضاعة فان قال له المالك مع ذلك لا اجرة لك فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه باجرة وان قال ولك اجرة كذا فان عين عملا مضبوطا بالمدة او العمل فذلك اجارة وان لم يعين فجعالة وان سكت فان تبرع العامل بالعمل فلا اجرة له وان لم يتبرع وكان ذلك العمل له اجرة عرفا فله اجرة مثله ومن ذلك يعرف ما في كلام الرياض الذي حكيناه عنه بل وفيما ذكره سابقا في دفع اشكال استحقاق الاجرة فلاحظ وتامل وكيف كان فقد علم مما ذكرنا ان المضاربة دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه ولكن يتبعها احكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة وغيرها كالغصب واجرة المثل ونحوها والظاهر ان المراد مما في لك من ان عقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح ودعي امين ومع ظهوره ربحه شريك ومع التعدي غاصب وفي تصرفه وكيل ومع فساد العقد اجير لا ان المراد انشاء هذه العقود بانشاء عقدها وان كان محلا للنظر مضافا الى ما في ذكر الغصب واجرة المثل والشركة

في الربح في العقود وعلى كل حال فهو ابتغاء تمام البحث في كتاب المضاربة يستدعي بيان امور الاول العقد الذي جعله في التذكرة والقواعد من اركان هذه المعاملة بل صرح في كره بانه لا بد فيها من لفظ يدل على الرضا وظاهرهما او صريحهما كغيرهما عدم مشروعية ما يشبه المعاطاة في البيع منها وهو وان كان موافقا للاصالة عدم ملك العامل الحصة من الربح الا انه يخالف لما دل على جوازها في البيع مما هو مشترك بينها وبين غيرها من السيرة المستمرة وصدق اسم المضاربة عرفا وتجارة عن تراض ونحو ذلك مما هو كاف في المشروعية وفي تخصيص نحو قوله انما يحلل الكلام ويحرم الكلام فالمتجه ح مشروعيتها لكن وان لم يكن المركب ايجابا وقبولا فعليين من عقدها وعدم التمييز المترتبة بين معاطاتها وعقدها في الجواز والفسخ فيها الا ابنائها في الحكم بمشروعيتها على الوجه المذكور وعلى كل حال فلا خلاف في اعتبار اللفظ في ايجاب عقدها وان كان لا يتعين فيه لفظ مخصوص بل يكفي فيه كل لفظ دال على انشاء الرضا بها مستعمل في ذلك على النهج الصحيح لانه المتعارف في كيفية عقدها بل قد عرفت بما مضى نوع الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة فضلا عن الجائزة اما القبول ففي التذكرة وجامع صك و الروضة الاكتفاء فيه بالفعل في تحقق العقد خلافا لظاهر الفاضل في عكره وغيره بل صرح به بعض العامة بل في الرياض نعم انما حكي عن كره ذلك وانه يظهر منها عدم الخلاف فيه بيننا وفي الاكتفاء في الايجاب والقبول بكل لفظ قال فان تم والا فالاولى خلافه اقتصارا فيما خالف الاصل الدال على ان الربح تابع للمال وللعامل اجرة المثل المنطبق مع كمضاربة تارة والمتخلف عنها اخرى على المتيقن ولعله لذا اعتبر فيها التواصل بين الايجاب والقبول والتنجيز وعدم التعليق على الشرط او صفة وهو حسن على ما حققناه ولكن على ما ذكره من الاكتفاء بالفعل في طرف القبول وبكل لفظ فيه وفي طرف الايجاب بناء على جواز العقد مشكل وسوال الفرق بينه وبين اعتباره اياهما متجه وكانه اخذ ذلك او بعضه من جامع صك فانه بعد ان حكى عن التذكرة اعتبار التواصل قال وفيه نظر لان ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصة دون الجائزة من الطرفين وسياق التصريح بذلك في الوكالة قلت لا يخفى عليك ما في ذلك كله بناء على ما ذكرناه من تحقق المضاربة في المركب من الفعلين ايجابا وقبولا فضلا عن محل الفرض واقصاه انه لا يكون عقد مضاربة والا فهو مشروع يترتب عليه احكام المضاربة مع انه يمكن القول بتحقق العقد ايضا بالقبول الفعلي بناء على تعارف عقدها بذلك بين المتشرعة ومثله كاف في ذلك لكن لا ثمرة مهمة هنا بعد فرض المشروعية بين كون هذه الكيفية عقدا او لا لما سمعته من عدم الفرق بينهما في الجواز وغيره من احكامها بناء على عدم مشروعية التعاطي فيها فيتجه ح البحث في الفرض ولعل المانع فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كيفية عقدها بذلك لكن قد عرفت التحقيق ان لم يكن ثم اجماع بخلافه ودونه خرط القتاد وان كان كثير من كلماتهم تفيد الناظر فيها تشويشا على نحو ما في بعض كتب العامة اما غير ذلك مما يعتبر في غيرها من العقود كالتواصل والتنجيز فيبنى على مقتضى ما دل على اعتباره الذي لا فرق فيه بين الجائز واللازم ضرورة كونه من كيفيات العقد والتوسعة في العقود الجائزة بالنسبة الى الاكتفاء في ايجابها مثلا بكل لفظ لا يقتضي التوسع فيها بالنسبة الى ذلك وثبوته في الوكالة للدليل لا يقتضي الثبوت في غيرها بعد حرمة القياس هذا كله في التواصل اما التنجيز فلا ريب في اعتباره لاتحاد الطريق فيها وفي العقد اللازم كما حققناه في محله والله العالم وكيف كان فهو جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال بان صار دراهم او دنانير او كان به عروض بلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم لكن ذكر غير واحد انه ان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له وان كان المالك ضمن للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت صونا للعمل المحترم من الخلو عن الاجر مع احتمال العدم للاصل واقدام العامل عليه بمعرفته جواز العقد وامكان فسخه

في عقد المضاربة

المضاربة جايزة

قبل ظهور

قبل ظهور الربح بل قبله مع عمق الوضيعة المستغرقة له لكونه وقاية لراس المال قلت قد يقال ان قاعدة احترام عمل المسلم
المأذون فيه التي قدمناها سابقا تقتضي استحقاق الاجرة في الاول كما عن التذكرة فضلا عن الثاني ما لم يكن
اجماع والاقدام على جواز العقد اعم من الاقدام على التبرع وعلى كل حال فلو اشترط فيه اي عقد المضاربة الاجل

اشتراط الاجل

لم يلزم العقد مدته على احد منهما فيصح لكل منهما فسخه قبله بلا خلاف اجده فيه للاصل وغيره نعم في المسالك وغيرها
يفيد تفسير العبارة ونحوها بما سمعت قال لكن العقد والشرط صحيحان اما الشرط فيفيد المنع من التصرف بعده لان
التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده واما العقد فلان الشرط المذكور لم يناف مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق
قلت قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفي اللزوم بقرينة قوله متصلا بها لكن لو قال ان مرت بك سنة فلا تشتر
بعدها وبع صح عندنا لان ذلك من مقتضى العقد الذي هو تسلط رب المال على فسخ القراض متى شاء وعلى منع العامل
عما يشاء من النوع والزمان والمكان ضرورة ظهور الاستدراك فيه في ان الاول ليس كذلك بل هو من افراد المسألة

مقتضى العقد

التي ذكرها بقوله ثم وليس كذلك لو قال على ان لا املك فيها اي السنة منعك فانه شرط باطل لان ذلك مناف لمقتضى
العقد بل الاولى وفاقا للمشهور بطلان العقد معه فالتحقيق ح ان يقال ان اريد باشتراط الاجل المعنى الاول صح
وان اريد به المعنى الثاني بطل وابطل كما صرح به غير واحد بل لم اجد خلافا هنا في بطلانه وزاد في القواعد
وجامع المقاصد اشتراط ضمان العامل المال او الزامه بحصة من الخسارة الا انه قد يناقش في ذلك بانه ان اريد بها
الكناية عن اللزوم مثلا بالعارض ولو بالشرط لان المراد به ما ينافي حكمها شرعا فانه لا اشكال في البطلان ح انما
المناقشة في الاول بمنع كونها من منافيات مقتضى العقد المراد به ما يعود على العقد بالنقض ولا ريب في عدم
منافاة اللزوم لعقد المضاربة اذ هو كالجواز في العقد اللازم الذي لا اشكال في عدم صحة اشتراطه ومن هنا
كان له شرطه اي اللزوم في العقد الجائز في عقد لازم اخر ولو انه من المنافي لمقتضاه لم يصح ذلك اذ هو كاشتراط
عدم الملك في البيع ونظيره هنا عدم ملك العامل الحصة من الربح لا اشتراط اللزوم في المضاربة وكذا الكلام في
الضمان الذي لا ينافي كون الشيء امانة فان كثيرا من الامانات مضمونة كما في الذهب والفضة والعارية
المشترط فيها ذلك والمقبوض بالسوم وغير ذلك بل يستتبع ضمان العامل في كثير من صور المضاربة بل وكذا الكلام
في اشتراط الزام العامل حصة من الخسارة فان جميع هذه الامور من الاحكام او مما هو مقتضى اطلاق العقد لا انها
من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض فتأمل جيدا بقي شيء وهو انه قد صرح الفاضل في عد وتبعه في جامع المقاصد
بصحة شرط المالك على العامل المضاربة في مال اخر او اخذ بضاعة منه او قرض او خدمة في شيء بعينه معللا
له الثاني منها بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم لكن عن ابن البراج الجزم بفساد العقد والشرط
وكذا عن ط الا انه قال اخيرا ولو قلنا القراض والشرط جائز لكن لا يلزم الوفاء به كان قويا ثم انه في جامع المقاصد
قد حكى عن التحرير عدم لزوم الوفاء به ثم قال وهو حق فان العقد جائز من الطرفين لكن لم يذكروا حكم ما اذا
عمل العامل ولم يف بالشرط فظهر ربح والذي يقتضيه النظر ان للمالك الفسخ بفوات ما جرى عليه التراضي
فيكون للعامل اجرة وللمالك الربح الى ان قال ولو شرط ذلك من طرف العامل على المالك فالحكم كما هنا بغير تفاوت
الا ان الفسخ هنا بعد العمل اذا لم يحصل الوفاء يكون للعامل لانه انما رضي بالحصة القليلة مع هذا الشرط قلت لا
يخفى عليك ما في الذي جعله مقتضى النظر وخصوصا فيما اذا كان الشرط للعامل فان التزام تسلطه على استحقاق
الربح كله الذي هو تابع لمال المالك بفسخ العقد مما لا يمكن التزامه فتنبه لها فالتحقيق عدم مدخلية الشرط في ذلك

انشاء
انما الكلام في حكمه بالنسبة الى وجوب الوفاء به وعدمه فيحتمل الاول لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد وعدم
فسخه لكونه كنفس مقتضى العقد اذ هو من توابعه وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى اوفوا بالعقود بناء على كون المراد منه الامر
بالوفاء بمقتضى كل عقد لم يحصل له فاسخ جايزا ولازما وفي قوله المؤمنون عند شروطهم ويحتمل الثاني لا بمعنى سلطنته على فسخ
العقد بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وان لم يفسخ العقد للاصل السالم عن معارضة الاية لان المراد منها العقود اللازمة
لظهور الامر فيها بالوجوب المطلق وكذا قوله المؤمنون عند شروطهم المراد منه بيان صحة اصل الاشتراط واما اللزوم
وعدمه فيتبع العقد الذي تضمن الشرط فان كان لازما وجب الوفاء بالشرط لكونه من توابع العقد والا لم يجب
بل يكون شبه الوعد ولعل هذا هو مراد الشيخ والفاضل في التحرير مما حكي عنهما لا ان المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد
باعتبار جواز العقد والا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد وهو كما ترى لا دليل عليه بل المعلوم خلافه
ضرورة عدم كون الشرط اولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وان لم يفسخ العقد فان من استودع او وكل
او استعار او ضارب اي جاء لعقد بعقد من هذه العقود لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك فيأخذ الوديعة
مثلا ويفعل ما وكل ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض فالشرط اولى ومنه يعلم انه هو مراد الشيخ والفاضل
بما ذكراه من عدم لزوم الوفاء به وهو لا يخلو من نوع والله العالم وعلى كل حال فلو اشترط على العامل ان لا يشتري الا من الاشتراط على العامل
زيد او لا يبيع الا على عمرو صح لان الناس مسلطون على اموالهم وكذا لو قال له على ان لا تشتري الا الثوب الفلاني
مثلا او ثمرة البستان الفلاني سواء كان وجود ما اشار اليه عاما او نادرا لما عرفت خلافا لبعض العامة فلم يجوزوا
الاخير وهو واضح الضعف نعم لو شرط عليه ان يشتري اصلا يشترك في نمائه كالشجر او الغنم مثلا يفسد بل لم يحصل
من جزم بالصحة من اصحابنا وذلك لان مقتضاه اي القراض الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف في راس المال وان
تبعه النماء ايضا في بعض الاحوال لا حصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه لا اقل من الشك في تناول
الاطلاقات له ولكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت ومن امكان منع اعتبار ذلك في القراض الذي هو دفع المال من
ربه والعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك سواء كان نماء وفضلا او مالا اذ هو ايضا مسبب من فعل العامل الذي
شراء ذي النماء لكن قد يقوى في النظر الاول نعم لو قال له اشتر وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا فالاقوى
الصحة لاطلاق الادلة ولانه في الحقيقة كما لو اتفق نماء اعيان المضاربة قبل بيعها ودعوى اعتبار شراء مع بيع
ولو مرة في المضاربة واضحة المنع وبذلك ظهر لك ان في المسألة صورا ثلاثة احدها معلومة الصحة والثانية
مظنونة والثالثة يشك في شمول الاطلاق لها والاصل كما انه ظهر لك ما في كلام غيرها فلاحظ وتأمل واذا
اذن له في التصرف بمعنى انه عقد معه عقد المضاربة مثلا واطلق تولى بالاطلاق الاذن المستفادة من العقد الاذن في التصرف
ما يعتاد بالنسبة الى مثل تلك التجارة ومثل ذلك العامل في مثل ذلك المكان والزمان ما يتولاه المالك وغيره
من عرض القماش والنشر والطي واحرازه وقبض الثمن وايداعه الصندوق واستيجار من جرت العادة باستيجاره
كالدلال والوزان والحمال وغير ذلك مما لا يمكن تحديده بالتعداد عملا بالعرف الذي هو الضابط لذلك ونحوه فلو
استأجر لمثل الاول الذي جرت العادة بمباشرته ضمن الاجرة بل يمكن ضمانه العين لو فرض تلفها بذلك ولو تولى
الاجير الذي جرت العادة بالاستيجار له بنفسه قاصدا للتبرع لم يستحق اجرة اما مع قصد الرجوع فقد يقوى استحقاقها
بناء على تناولها لو كان لمثل نفسه بل قد يقوى استحقاقها ايضا مع الخلو عن القصد لنحو اعتبار احترام عمل المسلم المنقذ منه
والله العالم ولا ينفق العامل في الحضر عندنا شيئا من مال القراض وان قل حينئذ فليس له الا اصالة الرحمة التصرف في

النفقة في السفر

مال الغير نعم له ان ينفق في حال السفر كمال نفقته من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما هو داخل في النفقة من
اصل المال على الاظهر الاشهر بل المشهور بل في التذكرة نسبته الى علمائنا بل في محكي الاجماع عليه وهو الحجة بعد
صحيح علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن ع في المضارب ما انفق في سفره فهو من جميع المال فاذا قدم بلده فما انفق فمن
نصيبه ونحوه خبر السكوني عن امير المؤمنين ع خلافا للمحكي عن بعض من كون جميع نفقته على نفسه كالحضر للاصل
المقطوع بما عرفت فلا تعمل عليه ح كالاجتهاد في مقابلة النص نعم عن اخر ان له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر
وهو مخالف لظاهر النص ايضا المعتضد بما سمعت والمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي الذي هو في الحقيقة
احد افراد السفر وقد علق الشارع عليه بعض الاحكام الخاصة كقصر الصلوة والافطار ونحوهما كما انه اجرى احكام
الحضر عليه مع الاقامة والتردد ثلثين يوما وان بقي معها صدق اسم السفر الذي يجري عليه الحكم هنا لكونه عنوانه
يدور معه وجودا وعدما نعم في لك وغيرها يجب الاقتصار منه على ما يحتاج اليه للتجارة فلو اقام زيادة عنه
فنفقته عليه خاصة قلت هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق مثلا او حبس ظالم او نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة ولذا
قال في كر لو اقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد للحاجة لجباية المال او لانتظار الرفقة او لغير ذلك
من المصالح لمال القراض كانت النفقة على مال القراض ايضا لانه من مصلحة القراض اما لو اقام للراحة او للتفرج
او لتحصيل مال له او لغير مال القراض فانه لا يستحق عن تلك المدة شيئا من مال القراض للنفقة اما لو اقام للتجارة
ولامر اخر بحيث يكون كل منهما علة تامة في المكث ففي اختصاص النفقة في مال القراض للاطلاق وعدمه للاصل
والتوزيع اوجه اقواها الاول كما ان اقواها الاخير لو تركب الداعي منهما بحيث يكون كل منهما جزء العلة والمراد
بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول ومشروب وملبوس ومركوب والات ذلك كالقربة والجوالق واجرة المسكن
ونحو ذلك مما هو داخل في اسم النفقة الاتي انشاء الله تفصيلها في النفقات وح فليس المراد مؤنته المندرج فيها جوائزه
وعطاياه وضيافاته وغير ذلك مما مر بيانها في كتاب الخمس وبذلك يظهر لك ان معنى قولهم ما انفق ما يذهب
منه نفقة له لا ان جميع ما يتلفه وهو الموافق للاصل نعم يراعى فيها كغيرها من النفقات ما يليق بحاله عادة
على وجه الاقتصاد فلو اسرف حسب عليه وان قتر لم يحسب له وعلى كل حال فاذا عاد من السفر فما بقي من اعيان النفقة
ولو من الزاد يجب رده على التجارة كل ذلك ما لم يشترط عليه عدمها والا لم يجز للعامل ولو اذن له بعد ذلك فهو
تبرع محض ولو شرطها على كما لك فهو تأكيد ويقوى ح وجوب تعيينها حذرا من الجهالة بناء على اعتبار عدمها
في مثل المقام ولعله لا يخلو من نظر بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الاول لكونها ثابتة باصل الشرع
فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل وان كان فيه ما لا يخفى ضرورة عدم رجوع ذلك الى شيء من العقد
مع عدم الاشتراط بخلافه معه ثم ان ظ النص والفتوى عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة بل ينفق ولو من اصل
المال ان لم يكن ربح لكن لو ربح بعد ذلك اخذت من الربح مقدمة على حق العامل ضرورة كون ذلك كالخسارة اللاحقة
للمال التي يجب جبرها بما يتجدد من الربح كما اومى اليه في كر بقوله والقدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح وان لم
يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال وكذا في لك قال ولا يعتبر في النفقة ثبوت ربح بل ينفق ولو من اصل المال
ان لم يكن ربح وان قصر المال نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق العامل لكن في الرياض ولا يعتبر في ثبوتها حصول
الربح بل ينفق ولو من الاصل لاطلاق الفتوى والنص ومقتضاهما الانفاق من الاصل ولو مع عدم حصول الربح ولكن
ذكر جماعة انها منه دون الاصل وعليه فلتقدم على حصة العامل وهو من غرائب الكلام ان اراد بالاول اخراجها

حتى

من الاصل حتى لو تجدد بعد ذلك ربح خصوصا بعد ما سمعته من الفاضل وثاني الشهيدين من الهامنه مقدمة على العامل وان قلنا بخروجها من الاصل حال عدم الربح فالتحقيق ح ما عرفته من انه ينفق ولو من اصل المال لكن متى تجدد ربح جبر المال بمقدار ما انفق منه ثم ان بقي ربح اخذ حصته والا فلا وهو الموافق للتامل في النص والفتاوى لا ما سمعته منه ولا انه ينفق حال عدم الربح من اصل المال وحال وجود الربح منه من غير جبر للاول نعم ان لم يكن ثم اجماع امكن القول بان النفقة انما تكون للعامل حيث يكون ربح في المال يحتملها او بعضها فيخرج ح منه على المالك والمضارب والا فلا نفقة له كما ان نفقته حال الحضر من نصيبه خاصة ولعله ادق بالاصل والنص الا انا لم نجد قولا لاحد وان اراد ذلك في الرياض بما حكاه من جماعة كان مطالبا بتعيينهم كما لا يخفى على من لاحظ وتامل وعلى كل حال فانما يستحق العامل النفقة في السفر المأذون فيه فلو سافر الى غيره اي تجاوز المأذون او الى غير جهته فلا نفقة وان كان المضاربة باقية هذا وفي لك وغيرها ان مؤنة المرض والموت والسفر محسوبتان على العامل خاصة لانهما لم تتعلقا بالتجارة وهو كذلك بالنسبة الى الموت بل والمرض اذا كان على وجه لا عمل له في المال معه اما اذا كان مرضا لا يمنعه من العمل بالمال فلا ريب في استحقاقه النفقة في تلك الحال نعم قد يشكل دخول مثل الدوا ونحوه في النفقة وقد حققنا ذلك في النفقات من كتاب النكاح من اراده فليلاحظه فان الظاهر اتحاد البحث في المقامين بالنسبة الى ذلك وكيف كان فلو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه عند المص وجماعة التقسيط لان السفر لاجلهما فنفقته عليهما وهو على نسبة المالين او العملين وجهان اجودهما في لك تبعا للجامع صد الاول لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر الى العمل ومن هنا اتجه تفريع المص ذلك على ما ذكره اولا لكن اورد عليه في الاخير انه يقتضي ان لا يستحق نفقة اصلا لو اخذ مضاربة في حال السفر بل ان الظاهر بان التقسيط على القول الاخر الذي هو وجوب ما زاد على نفقة الحضر ضرورة كونها هي التي تقسط على المالين او العملين فاعن نحن المحققين من عدم جريان ذلك على هذا القول بل تكون النفقة على نفسه لكونه كالحاضر ما عنيا واشتغاله بمال نفسه وان استصحبه مال القراض غير واضح والتعليل المزبور المذكور يسقطها على القول الاخر ايضا ومن هنا حكي عن السيد العميد انه جعل احتمالي سقوط النفقة وثبوت التفاوت بين حالي الحضر والسفر خاصة في عبارة القواعد من توابع الفرض وهو ما لو كان معه مال اخر لنفسه وربما يؤيد الاحتمال الاول ظهور خبر النفقة في انه ليس معه الا مال مضاربة فيبقى محل الفرض مندرجا تحت الاصل نعم ينبغي في النص المضارب الذي معه مضاربات متعددة ضرورة كونه صدق مضاربا والتوزيع ح متجه فيه اما لان لو لم يرد من جميع المال يشمل مال الجميع على جهة النسبة او لان اختصاصه بمال دون اخر ترجيح بلا مرجح مع ان علة الاستحقاق صدق وصف المضاربة المتحققة في الجميع فلا عدل ح التوزيع بعد تعذر التكرار ونية النفقة ليست نفقته بل قد يدعى انسياقه من امثال ذلك كما لا يخفى على من لاحظ نظائره في النفقات كما انه قد يدعى انسياق ذلك ايضا حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض لا سقوط النفقة ضرورة صدق كونه مضاربا معه الا انه لما كان السفر ليس للقراض خاصة اتجه التوزيع وعلى كل حال فهي كونه على قدر الاموال والاعمال البحث السابق هذا وفي لك بعد ان ذكر التوزيع في القراضين قال ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد شرطها على كل واحد منهما واطلق بل لو نفقته واحد عليهما على التقدير لان ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل هذا مع جهل كل واحد منهما بالاخر اما لو علم صاحب القراض الاول بالثاني وشرط على ماله كل النفقة جاز واختصت به ولا شيء على الثاني وقد تبع بذلك الكركي قال لو شرط في القراض النفقة فاخذ

مال القراض وغيره

من امر

شرطا وله

من اخر فقط لان ذلك منزل على اختصاصه بالعمل له وكذا لو شرط احدهما واطلق الاخر فان علم الاول بالمزارض
فالنفقة من ماله خاصة عملا بالشرط وهو قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة قال فيها فان شرط صاحب المال
الاول النفقة من مال المزارض مع علمه بالمزارض الثاني جاز وكان نفقته على الاول واذا لم يعلم بالمزارض الثاني سقطت
النفقة وان كان قد شرطها الاول لانه انما اطلق له الاول النفقة بناء على اختصاص عمله به لانه الظ قلت قد
عرفت في السابق ان شرط النفقة انما هو مؤكد لثبوتها بدونه فضرورة المزارع كصورة الاطلاق بالنسبة الى
ذلك ولا ريب في التوزيع مع الاطلاق منهما وان علم احدهما بالاخر نعم لو اريد من الشرط الاختصاص بالنفقة
على من كان عليه الشرط اتجه ذلك الا انه لا فرق معه بين صورتي الجهل والعلم ودعوى انسياق ذلك من
الشرط حال العلم دون الجهل لا شاهد لها والله العالم ولو اشترى صاحب المال مساقرا مثلا فان نزع المال منه
بقصد فسخ المضاربة فنفقته عوده منه خاصة لارتفاع وصف المضاربة الذي هو سبب استحقاق النفقة
ولا غرر بعد حوله على العقد الجائر الذي هو معرض ذلك ونحوه فما عن بعض العامة من ثبوتها واضح الضعف
وكيف كان فلا اشكال ولا خلاف في ان للعامل ابتياع المعيب والرد بالعيب واخذ الارش نعم كل ذلك ونحوه
مع الغبطة لان الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح والمعيب فلا يتقيد اطلاق الاذن بالاول وان كان
هو كذلك في اطلاق الوكالة لان المحمل ارادة القنية التي لا يناسبها المعيب وكذا الكلام في الرد بالعيب واخذ الارش ولكن
مع هذا قد ذكر غير واحد من الاصحاب انه يقتضي اطلاق الاذن هنا البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد لانه المتعارف
في التجارة لتحصيل الربح اذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لا يخفى كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل واحتمال الكساد
في بيع العروض لكن في ذلك وغيرها المناقشة في الاخير بما عرفت من ان المضاربة تفارق الوكالة في بعض
المطالب لان الغرض الاقصى منها تحصيل الربح وهو قد يكون بالعروض فالاقوى جوازه لجامعها الى ان قال ولو اذن
له في شيء من ذلك عموما او خصوصا كتصرف كيف شئت وحسب رايك ونظرك ونحو ذلك فانه يجوز له البيع بالعروض قطعا اما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما الا بالتصريح وما ابعد ما بينه وبين الفاضل الرياض حيث حمل الملاك
على حصول المصلحة مع الاطلاق وان كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا او ظني انه لا موافق له على ذلك وان
كان قد يتوهم من بعض العبارات والتحقيق انه لا وجه للتوقف مع المصلحة اذا كان الاذن على وجه العموم فله البيع
نسيئة وبدون ثمن المثل اما مع الاطلاق فالمدار حصولها في الافراد المتعارفة بين التجار في تحصيل الارباح واما
النادر وان فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الاطلاق اذ ليس العنوان الاذن في عمل كل ما فيه مصلحة وانما هو
الا الاطلاق المنصرف الى الافراد المتعارفة التي منها نقصان ما يتسامح به الناس والله العالم وعلى كل حال فقد
ذكر المص وغيره انه لو خالف ما دل عليه اللفظ لم يمض الا مع اجازة المالك لكونه تصرفا قد وقع بدون اذن
المالك وهو غير باطل عندنا وانما هو فضولي فان اجاز نفذ لكن في المسالك بعد الجامع صرح انه مع الاجازة ان
قدر على تحصيل النسيئة والاضمن الثمن لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة ومع عدمها يجب استرداد العين مع الامكان
والاضمن قيمة المبيع او مثله لا الثمن المؤجل وان كان ازيد ولا التفاوت في صورة النقيصة لانه مع عدم الاجازة
بيع باطل فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعي قلت قد يناقش في ضمانه
بانه مع اجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئة صار الثمن الذي في ذمة المشتري له برضاه ولم يحصل من العامل
ما يقتضي ضمانه بل لعل ذلك في الغاصب اذا باع المغصوب نسيئة ثم ندم الغاصب فاجاز المالك ذلك ورضي

الذي

بالثمن الذي في ذمة المشتري ان يكون له خروج الغاصب من الضمان ولا يشغل ضمان العين الذي كان عليه الى الثمن لم يستول بيع عليه وكان ذلك كله لا اشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد اللهم الا ان يتوقف في خصوص المقام الذي يسمع نظائر النصوص والفتاوى بضمان العامل اذا خالف ما اشترط عليه المالك وان بقيت المضاربة صحيحة والربح بينهما ولعل ما نحن فيه منه اذ لا فرق في المخالفة بين الشرط الصريح او المفهوم من الاطلاق فاذا قال له اشتر في مثلا ثم خالف واشترى بعين كان ضامنا ولكنه صحيح والربح بينهما كما ستعرف فما نحن فيه المستفاد من انسياق الاطلاق اولى بذلك والله العالم وكذا يجب مع الاطلاق ان يشتري العامل بعين المال لانه المفهوم او المتيقن منه خصوصا بعد ملاحظة احتمال عدم ارادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه والشراء بالذمة قد يؤدي الى وجوب دفع غيره كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء ومنه ح لو خالف واشترى في الذمة للمالك لم يصح الا مع الاذن فيه ولو لاحقا لكن قد يشكل ذلك باقتضاء الاطلاق عرفا الشراء بالذمة على وجه الحلول وارادة الدفع من مال المضاربة كما هو المتعارف بين الناس من غير فرق بين الملاك والعمال والوكلاء وغيرهم نعم ليس له الشراء في الذمة على ارادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة فانه ليس في الاطلاق ما يشعر بالاذن بذلك ويمكن ارادة الاصحاب المنع عن هذا بالخصوص لا ما يشمل الاول الذي قد يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين فاذا اتفق عروض ذلك من العامل و فرض تلف مال المضاربة ادى المالك من غيره لما عرفته من تناول الاطلاق الاذن على الوجه المزبور المنصرف عرفا ومن ذلك يعلم ما في التعليل المذكور كما ان منه يعلم انه مع تأدية المالك في الفرض المزبور من غير مال المضاربة يكون ذلك من مال القراض لما عرفته من اقتضاء الاطلاق ذلك كما عن الشيخ في ط التصريح به وان حكي عنه انه حكى فيه وفي الخلاف قولا غير محصل لا فائدة في ذكرها كما لا محصل معتد به لما اطنب به في الرياض من ذكر الاشكال المزبور والجواب عنه والنظر في الجواب فلاحظ وتأمل وعلى كل حال فلو اشترى العامل في الذمة بنية انه للمالك لا معه اي الاذن منه لا سابقا ولو من الاطلاق المزبور ولا لاحقا ولكن لم يذكره اي المالك على وجه يفهم البايع ان البيع له تعلق الثمن بذمته ظاهرا وان كان هو فاسدا في نفس الامر ويجب عليه التخلص من البايع بمقاصة ونحوها نعم لو وقع الشراء منه بلا نية انه للمالك او لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهرا وواقعا وكان الربح له كما لو نوى نفسه لظهور المعاملة في ذلك حتى لو فرض كونه مأذونا في الشراء في الذمة للمالك لكن لا ينصرف الشراء في نفس الامر عن وقعت المعاملة الا بنية انه له كما هو واضح فما في الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة واضح الضعف الا ان ما حضرني من نسخته غير نقية من الغلط نعم لو كان قد نوى المالك ذاكرا فكان له بل ربما ظهر من المقنعة كونه مال قراض ح كما انه يبطل مع ذكره له لفظا وعدم اذنه سابقا ولا لاحقا وبذلك كله بان لك صور المسألة واحكامها لا الانصاف عدم خلو جعله مال قراض مع الاجازة اللاحقة واداء الثمن من غير مالها من اشكال او منع والله العالم ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او ضمن المال للتعدي وان نفذ بيعه وكان الربح بينهما اذ لا منافاة بين ذلك وبين المنع من السفر لكونه مأذونا في التجارة من حيث هي تجارة وان لم يجز له السفر فان المنع احد المتنافيين لا يقتضي بمجرده المنع من الاخرى بل هو كذلك حتى في صورة الاطلاق فان الظاهر عدم استفادة الاذن في السفر كما صرح به غير واحد بل في جامع المقاصد نسبته الى علمائنا لما فيه من التغرير بالمال خلافا لبعض العامة من غير فرق بين خوف الطريق وامانه وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف عندنا في الحكم المزبور وفي الصحيح عن احدهما سألته عن رجل يعطي المال مضاربة وينهى ان يخرج قال يضمن المال والربح بينهما وفي صحيح الحلبي عن

الشراء بالعين
الشراء بالذمة

عن الصم في الرجل يعطي للرجل المال فيقول ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما وفي خبر ابي بصير عنه ع ايضا في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه ان يخرج به الى ارض اخرى فعصاه قال هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه وخبر ابي الصباح سألت اباعبدالله ع عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به الى ارض وينهى ان يخرج به الى غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن وان سلم فربح فهو بينهما بل في صحيح الحلبي عنه ايضا اعم من ذلك قال المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط ان لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا ذا كبد رطبة فان خالفت شيئا مما امرتك به فانت ضامن للمال وفي صحيحه الاخر عنه ايضا في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط قال هو ضامن والربح بينهما وفي خبر ابي الصباح عنه ايضا في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما امره به صاحب المال بل في صحيح جميل عنه ايضا في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي امره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط واليه اشار المص بقوله او امره بابتياع شيء بعينه فابتاع غيره ضمن ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما الا انه اشكله بعض بمخالفته القواعد المعلومة ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الاذن لاحقا وسابقا فكيف يحله استحقاق الربح ح ومن هنا حمل بعض الناس على ما في النصوص ولعله اقتصار المص على هذين الصورتين لذلك لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الاعم من ذلك وهو كل شرط قد خولف وهو الذي جزم به غير واحد فالاولى انه لا باس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الاصحاب الا انه كما ترى ايضا ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة وارادة الضمان من الاشتراط كما يومي اليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق وخصوصا ذكره ع له بعنوان التعليل للحكم بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقا من الشرط كما عساه يومي اليه خبر رفاعة عن ابي عبدالله ع في مضارب يقول لصاحبه ان انت اذهبته او اكلته فانت له ضامن قال هو له ضامن اذا خالف شرطه هذا وفي لك يجب تقييد المخالفة في جهة بما اذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة او يزيد فلو كان ناقصا لا يتغابن بمثله لم يصح كما لو باع بدون ثمن المثل ومثله في جامع صك وزاد انه اذا خالف اجاز المالك كان الثمن مضمونا قلت قد يقوى بالصحة من غير احتياج الى الاجازة لما سمعته من النصوص ان البيع صحيح مع المخالفة ولكنه ضامن للوضيعة ولا ريب ان محل الفرض من ذلك والله العالم وكيف كان فموت كل منهما يبطل المضاربة لانها في معنى الوكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزة نحو العارية والوديعة تنفسخ بالموت والجنون والاغماء ونحو ذلك مما يقتضي بطلان الاذن من المالك الذي هي بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه بلا خلاف بين الاصحاب في المقام وغيره عدم تأثير اجازة الوارث او ولي المالك في حال الجنون والاغماء لتصريحهم بالانفساخ بعروض احد هذه العوارض ح فاذا اريد تجديدها مع وارث احدهما اشترط في الثانية شروط الاولى من انضاض المال دراهم ودنانير وغير ذلك كما هو واضح فان كان الميت المالك وكان المال ناضا لا ربح به اخذه الوارث وان حصل فيه ربح اقتسماه وليس لاحد من الغرماء مزاحمة العامل في حصته لما سمعته انه من ملكه لها بالظهور فكان شريكا للمالك وان كان المال عروضا ففي لك ان للعامل بيعه ان رجى الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقا وفيه انه ليس للعامل البيع من دون الوارث الذي قد انتقل اليه وان رجى الربح كما انه ليس للوارث الزامه بالانضاض مطلقا

في ابتياع الشيء المعين

الذي

بالثمن الذي في ذمة المشتري ان يكون لم يخرج الغاصب من الضمان ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه الى الثمن لم يستولي يده عليه وكان ذلك كله لا اشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد اللهم الا ان يتوقف في خصوص المقام الذي يسمع فيه من النصوص والفتاوى بضمان العامل اذا خالف ما اشترط عليه المالك وان يثبت المضاربة صحيحة والربح بينهما ولعل ما نحن فيه منه اذ لا فرق في المخالفة بين الشرط الصريح او المفهوم من الاطلاق فاذا قال له اشتر مثلا نقدا فخالف واشترى نسيئة كان ضامنا ولكنه صحيح والربح بينهما كما ستعرف فما نحن فيه المستفاد من انسياق الاطلاق اولى بذلك والله العالم وكذا يجب مع الاطلاق ان يشتري العامل بعين المال لانه المفهوم او المتيقن منه خصوصا بعد ملاحظة احتمال عدم ارادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه والشراء بالذمة قد يؤدي الى وجوب دفع غيره كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء وفيه مع انه لو خالف واشترى في الذمة للمالك لم يصح الا مع الاذن فيه ولو لاحقا لكن قد يشكل ذلك باقتضاء الاطلاق عرفا الشراء بالذمة على وجه الحلول وارادة الدفع من مال المضاربة كما هو المتعارف بين الناس من غير فرق بين الملاك والعمال والوكلاء وغيرهم نعم ليس له الشراء في الذمة على ارادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة فانه ليس في الاطلاق ما يشعر بالاذن بذلك ويمكن ارادة الاصحاب المنع عن هذا بالخصوص لا ما يشمل الاول الذي قد يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين فاذا اتفق عروض ذلك من العامل ونحو تلف مال المضاربة ادى المالك من غيرها لما عرفته من تناول الاطلاق الاذن على الوجه المذكور المفروض وقوعه ومن ذلك يعلم ما في التعليل المذكور كما انه منه يعلم انه مع نادية المالك في الدفع المذكور من غير مال المضاربة يكون ذلك من مال القراض لما عرفته من اقتضاء الاطلاق ذلك كما عن الشيخ في ط التصريح به وان حكي عنه انه حكي فيه وفي الخلاف انه الاعتبر محصله لا فائدة في ذكرها كما لا يحصل معتد به لما اطنب به في الرياض من ذكر الاشكال المذكور والجواب عنه والنظر في الجواب فلاحظ وتامل وعلى كل حال فلو اشترى العامل في الذمة بنيته انه للمالك لا معه اي الاذن منه لا سابقا ولو من الاطلاق المذكور ولا لاحقا ولكن لم يذكر اي المالك على وجه يفهم البائع ان البيع لم يتعلق الثمن بذمته ظاهرا وان كان هو ما سدا في نفس الامر ويجب عليه التخلص من البائع بمقاصة دعوها نعم لو وقع الشراء منه بلا نيته انه للمالك او لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهرا وواقعا وكان الربح له كما لو نوى نفسه لظهور المعاملة في ذلك حتى لو فرض كونه ماذونا في الشراء في الذمة للمالك لكن لا ينصرف الشراء في نفس الامر عن وقعت المعاملة الا بنيته انه له كما هو واضح فما في الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة واضح الضعف الا ان ما حضرني من نسخته غير نقية من الغلط نعم لو كان قد نوى المالك لم اجاز كان له بل ربما ظهر من المقداد كونه مال قراض ح كما انه يبطل مع ذكره له لفظا وعدم اذنه سابقا ولا لاحقا وبذلك كله بان لك صور المسئلة واحكامها الا الانصاف عدم خلو جعله مال قراض مع الاجازة اللاحقة واداء الثمن من غير مالها من اشكال او منع والله العالم ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او امره بالسفر لم يسافر الى غيرها او نهاه عن السفر فسافر ضمن المال لتعديه وان تلف بعضه وكان الربح بينهما اذ لا منافاة بين ذلك وبين المنع من السفر لكونه ماذونا في التجارة من حيث هي تجارة وان لم يجز له السفر فان المنع احد المتنافيين لا يقتضي بمجرده المنع من الاخرى بل هو كذلك حتى في صورة الاطلاق فان الظاهر عدم استفادة الاذن في السفر كما صرح به غير واحد بل في جامع المقاصد نسبته الى علمائنا لما فيه من التغرير بالمال خلافا لبعض العامة من غير فرق بين خوف الطريق وامانه وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف عندنا في الحكم المذكور وفي الصحيح عن احدهما سئلته عن رجل يعطي المال مضاربة وينهى ان يخرج قال يضمن المال والربح بينهما وفي صحيح الحلبي عن

الشراء بالعين

الشراء بالذمة

عن الصم فی الرجل یعطی الرجل المال فیقول انت ارض کذا وکذا ولا تجاوزها واشترِ منها قال فان جاوزها وهلك
المال فهو ضامن وان اشتری متاعا فوضع فیه فهو علیه وان ربح فهو بینهما وفی خبر ابی بصیر عنه ع ابه فی الرجل
یعطی الرجل مالا مضاربة وینهاه ان یخرج به الی ارض اخری فعصاه قال هو له ضامن والربح بینهما اذا خالف شرطه
وعصاه وخبر ابی الصباح سئلت اباعبد الله ع عن المضاربة یعطی الرجل المال یخرج به الی ارض وینهی ان یخرج به
الی غیرها فعصی فخرج به الی ارض اخری فعطب المال فقال هو ضامن وان سلم فهو بینهما بل فی صحیح الحلبی عنه ابه ع اعم
من ذلك قال المال الذی یعمل به مضاربة له من الربح ولیس علیه من الوضیعة شیء الا ان یخالف امر صاحب المال
فان العباس کان کثیر المال وکان یعطی الرجال یعملون به مضاربة ویشترط ان لا ینزلوا بطن واد ولا یشتروا ذا کبد
رطبة فان خالفت شیئا مما امرتك به فانت ضامن للمال وفی صحیحه الاخر عنه ابه فی الرجل یعطی الرجل مالا مضاربة
فیخالف ما شرط قال هو ضامن والربح بینهما وفی خبر ابی الصباح عنه ابه فی الرجل یعمل بالمال مضاربة قال له الربح
ولیس علیه من الوضیعة شیء الا ان یخالف عن شیء مما امره به صاحب المال بل فی صحیح جمیل عنه ابه فی رجل دفع الی
رجل مالا یشتری به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشتری غیر الذی امره قال هو ضامن والربح بینهما علی ما شرط
والیه اشار المص بقوله او امره بابتیاع شیء بعینه فابتاع غیره ضمن ولو ربح والحال هذه کان الربح بینهما الا انه
اشکله بعض بمخالفته القواعد المعلومة ضرورة عدم الدخول فی الملك مع عدم الاذن لاحقا وسابقا فکیف یحله
استحقاق الربح ح ومن هنا حمل بعض الناس علی ما فی النصوص ولعلّ اقتصار المص علی هذین الصورتین لذلك لکن لا یخفی
علیك ما فیه بعد ما سمعته من النصوص الدالة علی الاعم من ذلك وهو کل شرط ونحوه وهو الذی جزم به غیر واحد
قائلا انه لا باس بتخصیص القواعد بهذه النصوص المعمول علیها بین الاصحاب الا انه کما تری ایضا ویمکن تنزیل هذه
النصوص علی ارادة بقاء الاذن فی المضاربة وارادة الضمان من الاشتراط کما یومی الیه ما فی ذیل صحیح الحلبی السابق
وخصوصا ذکره ع له بعنوان التعلیل للحکم بل لعلّ ذلك هو المعروف فیما بینهم سابقا من الشرط کما عساه یومی الیه
خبر رفاعة عن ابی عبد الله ع فی مضارب یقول لصاحبه ان انت اذهبته او اکلته فانت له ضامن قال
هو له ضامن اذا خالف شرطه هذا وفی لك یجب تقییدها المخالفة فی جهة بما اذا بیع المتاع فی تلك الجهة بما یوافق
قیمته فی الجهة المعینة او یزید فلو کان ناقصا لا یتغابن بمثله لم یصح کما لو باع بدون ثمن المثل ومثله فی جامع صدق
وزاد انه اذا خالف اجاز المالك کان الثمن مضمونا قلت قد یقوی بالصحة من غیر احتیاج الی الاجازة لما سمعته من
النصوص ان البیع صحیح مع المخالفة ولکنه ضامن للوضیعة ولا ریب ان محل الفرض من ذلك والله العالم وکیف کان فموت
کل منهما یبطل المضاربة لانها فی معنی الوکالة التی هی کغیرها من العقود الجائزة نحو العاریة والودیعة تنفسخ بالموت
والجنون والاغماء ونحو ذلك مما یقتضی بطلان الاذن من المالك التی هی بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه بل ظاهر الاصحاب
فی المقام وغیره عدم تاثیر اجازة الوارث او ولی المالك فی حال الجنون والاغماء لتصریحهم بالانفساخ بعروض احد هذه
العوارض ح فاذا ارید تجدیدها مع وارث احدهما اشترط فی الثانیة شروط الاولی من انضاض المال دراهم
ودنانیر وغیر ذلك کما هو واضح ثم ان کان المیت المالك وکان المال ناضا لا ربح به اخذه الوارث وان حصل فیه ربح
اقتسماه ولیس لاحد من الغرماء مزاحمة العامل فی حصته لما سمعت انه من ملکه لها بالظهور فکان شریکا للمالك
وان کان المال عروضا ففی لك ان للعامل بیعه ان رجی الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء مطلقا
وفیه انه لیس للعامل البیع من دون اذن الوارث الذی قد انتقل الیه وان رجی الربح کما انه لیس للوارث الزامه بالانضاض مطلقا

فی ابتیاع الشیء المعین

بعد انفساخ المضاربة اللهم الا ان يقال انه حق للميت فينتقل الى وارثه وان كان الميت العامل فان كان المال ناضا ولا ربح اخذه
المالك وان كان فيه ربح دفع الى الورثة حصتهم منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض فان اذن المالك
للوارث فيه جاز والا نصب الحاكم امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل حصة الوارث والا سلم الثمن للمالك والله العالم
الامر الثاني في مال القراض ومن شرطه ان يكون عينا فلا يجوز بالدين وان يكون دراهم او دنانير بلا خلاف اجده
في شيء منه بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى ما قيل من اصالة الفساد هنا السالمة عن معارضة اوفوا بالعقود
والمؤمنون عند شروطهم ونحو ذلك لما عرفت من ارادة العقود اللازمة من الاولى وعن الاطلاقات التي لم تسق لبيان
ما يجوز به التجارة المضاربة وانما هي في معرض احكام اخر وان كان لا يخلو من تامل ضرورة الاكتفاء بتجارة عن تراض
ونحوه في ذلك بعد الاغضاء عن دعوى عدم اطلاق صالح ولكن الامر سهل بعد الاجماع المزبور ومنه يعلم انه لا وجه
لتردد المص وفي القراض بالنقرة التي هي القطعة المذابة من الذهب والفضة ضرورة عدم كونها منهما ومن
هنا لم نعرف مخالفا في عدم الجواز بها بل ولا مترددا غير المص نعم في المسالك ربما اطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير
سكة فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث انها تصدق دراهم ودنانير وانما تخلفت السكة وهي وصف
في النقدين بل ربما لا تبلغ خصوصا اذا تعومل بها على ذلك الوجه مع انه قد ترى بعض معلومية كون الدراهم
والدينار حقيقة في المسكوك للمعاملة وتخلف السكة قادح باعتبار انتفاء شرط انتفاء صدق اسم الدرهم والدينار
والتعامل بغير المنقوش او المنقوش لا للمعاملة لا يحقق الاسم المزبور ولو سلم تحقق الاسم بناء على انه للاعم من المسكوك
للمعاملة فليس الا الصحة وعلى كل حال فلا وجه للتردد بعد الجزم بشرطية الدرهم والدينار والله العالم وكذا لا ينعقد
بالفلوس لفقد الشرط المزبور بل ولا بالورق المغشوش الذي يجب كسره سواء كان فيه الغش اقل او اكثر اذ المراد
به المغشوش بالنسبة الى تلك السكة في ذلك الزمان المعبر عنه في زماننا بالقلب لا ان المراد به ما يشمل المتعارف
في زماننا من الشاميات والروميات وغير المعلوم ما فيها من غير النقدين ضرورة صحة المضاربة بها ووجوب الزكاة
لعدم اعتبار الخلوص في الدرهم والدينار وانما هو القطعة المسكوكة للمعاملة سواء كان خليطا او لا وان اتفق خلوصه في
ذلك الزمان الا انه احد الافراد كفضته السابقة وح فلا حاجة الى ما في جامع المقاصد ولك من تقييد عبارة المص
بما اذا لم يكن متعاملا به من المغشوش فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة وصح جعله مالا للقراض
سواء كان الغش اقل او اكثر اذ قد عرفت ارادة المص وغيره من المغشوش ما سمعت لا نحو ذلك كما هو واضح وكذا لا ينعقد
بالعروض التي هي غير النقدين من المتاع مطلقا او الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا لا
لانتفاء الشرط المزبور كما هو واضح وكان المص ذكر الاول ولم يستغن بها عنها لما فيها من توهم الجواز باعتبار كونها مادة
للدراهم والدنانير وكونها مثله في السكة والمعاملة فاذا خصصها بعدم الجواز وان دخل الفلوس منها في العروض على
التفسير الاول والامر في ذلك سهل ولو دفع اليه اي الى العامل آلة الصيد كالشبكة بحصة ثلث مثلا فاصطاد
لم يكن مضاربة قطعا لانتفاء الشرط ولا شركة لعدم المزج الامتزاج ولا اجارة لعدم معلومية الاجرة فليس هي الا معاملة
باطلة وح كان ما اصطاده للصائد الذي قد حازه ولكن عليه اجرة المثل للآلة كما هو واضح نعم في لك وغيرها الحكم
بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصور التوكيل في تملك المباح والا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد وقد سبق
الكلام على نظيره ويبعد بناؤه على ان العامل لم ينو التمليك الا لنفسه لان ظاهر الحال دخوله على الشركة وجب ان يكون
لهما فعلى كل منهما اجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما اصاب قلت قد تقدم سابقا امكان اختصاصه بذلك وان قلنا بصحة

نقرة النقد

الورق المغشوش

بناؤه

التوكيل

في مال المشاع

ودخوله
التوكيل بناء على عدمه في المقام لكون الاذن قد وقعت في العقد الفاسد فلا اثر لها ونية الشركة مع عدم الاذن لا يجدي
في ملكه يكفي فيه قصد الحيازة اي دخول الشيء في حيازته والفرض انه قد تحقق القصد منه فيكفي في دخول ذلك الشيء في
ملكه وان كان من قصد الشركة التي قد بان فسادها والله العالم ودفع القراض بالمال المشاع بلا خلاف ولا اشكال
عندنا لانه معين في نفسه جامع لشرائط الصحة من غير فرق بين وقوع العقد مع كثرة الشريك وعدمه نعم لا بد في مال المضاربة ومن
ان يكون معلوم المقدار بعد معرفة الجنس للنهي عن الغرر ولعدم معرفة الربح من راس المال الا ان ذلك كله في المجهول الذي
لا يؤول الى علم اما ما يؤول اليه ولو بالعد بعد وقوع العقد ونحوه فقد يشكل بناء على تحقق عموم او اطلاق في الباب
يشمل الفرض ولو لم يتم الا ان تكون تجارة عن تراض لعدم ما يدل على اعتبار العلم هنا او البطلان مع مثل هذه الجهالة
والنهي عن الغرر انما هو في البيع اللهم الا ان يقال بان في بعض النصوص النهي عن الغرر فيشمل المقام بل لو سلم تحقق اطلاق
في المضاربة يشمل محل الفرض كان التعارض من وجه والترجيح للاول لتقوية المتن بذلك بل وبانه لا تكفي المشاهدة
فيه وان زال بها معظم الغرر لانها ليست طريقا للعلم فيما اعتبر فيه وان حكي عن المقتضى الاكتفاء بها في المقام وعدمه
بل هو احد قولي الشيخ هنا وهي كما لو سلم دليل وجود على اعتبار العلم في المقام ومن هنا قيل يصح مع الجهالة ويكون
القول قول العامل مع التنازع في قدره بل في لك انه في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير
تقييد بالمشاهدة وقواه في المختلف محتجا بالاصل وقوله المؤمنون عند شروطهم ولا اثر لانتفاء هذه الجهالة
التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعا في قدر الواصل لان الاصل عدم وصول الزائد اليه والتحقيق ان لم يكن
تم اجماع عدم قدح الجهالة التي تؤول الى علم عن ان ينعقد العقد على ما في الكيس مثلا ثم يعد انه بعد ذلك لاطلاق
الادلة او عمومها بناء على عدم عموم او اطلاق مستند اليه في مثل ذلك فلا ريب في ان الاصل الفساد اما الجهالة
التي لا تؤول الى علم فالظاهر عدم جوازها لعدم امكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعاملة نعم جيدا والله العالم
وكيف كان فلو احضر مالين وقال قارضتك باحدهما او بايهما شئت لم ينعقد بذلك قراضا للابهام في الاول المانع
من تعلق العقد فان المبهم لا وجود له في الخارج ويوقع به العقد مع التخيير الحاصل ووقوعه وليس في الادلة حتى الاطلاقات
ما يدل على مشروعيته ذلك بل لعل الادلة قاضية بخلافه ضرورة ظهورها في سببية العقود وعدم تاخر اثارها
عنها وجعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من اول الامر لا دليل عليه لكونه مخالفا للاصل ومن هنا لم يحك خلاف

الكلام في العجز

في البطلان حتى من القائلين بالجواز مع الجهالة واذا اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن مع جهل المالك كما في لك
قال لانه حينئذ يكون واضعا يده على المال على الوجه الغير الماذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا
ونحوه في جامع المقاصد وفي الاول منها هل يكون ضامنا للجميع او للقدر على مقدوره قولان من عدم التمييز والنهي عن اخذه
على هذا الوجه ومن ان التقصير بسبب الزائد فيختص به والاول اقوى وربما قيل انه ان اخذ الجميع دفعة
فالحكم للاول وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة ويشكل بانه بعد وضع على الجميع
عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الان لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز وقد صرح فيهما
بانه لو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن اما لتقدمه على الحجر او لان علمه بذلك يقتضي الاذن له في التوكيل ثم قال
في لك وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد والمراد العجز عن التصرف
في المال وتقليبه في التجارة وهذا يحصل حال العقد فلا فرق بين علم المالك وجهله ولو كان قادرا فتجدد
العجز وجب عليه رد الزائد عن مقدوره لوجوب حفظه وهو عاجز عنه وامكان التخلص منه بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن

وبقي العقد تلك لعل البحث في مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالتي العلم والجهل وذلك لمعلومية اعتبار قدرة
العامل على العمل في الصحة نحو ما ذكروه في الاجارة ضرورة لغوية التعاقد مع كما عاجز عن العمل الذي هو روح هذه المعاملة
فضلا عن معلومية بطلان وكالة من هو عاجز عن العمل على العمل العاجز عنه اذ هو اولى بذلك من الوصي الذي حكموا
ببطلان وصايته مع عجزه عن القيام فيما اوصي به بل الظاهر ان الحكم كذلك مع تجدد العجز فضلا عما كان حال العقد ومن ذلك
يظهر لك سقوط جملة من الكلمات السابقة بل لعل عبارة المتن والقواعد كذلك بناء على ارادة الضمان مع الصحة منها
بل يقوى البطلان حتى مع اذن المالك في التوكيل للغير او الاستيجار فان ذلك لا يقتضي صحة العقد الذي قد عرفت اعتبار قدرة
العامل على العمل المعقود عليه بنفسه وان لم يشترط عليه كما اشرنا على انه لو اكتفى بذلك في الصحة لم يكن للضمان حينئذ وجه
ضرورة اقتضاء صحة العقد عدم الضمان الا ما خرج كما هو واضح والله العالم ولو كان المال في يد غاصب مثلا فقارضه عليه فى بطلان الضمان
صح ولم يبطل الضمان السابق للاصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه عدم الضمان بل يجامعه في
كثير من المقامات ولعله هو قولهم حتى يؤدي في بقاء الضمان الى حال التأدية التي ليس وقوع عقد القراض منها وكون
العين في عقد القراض امانة لا ينافي الضمان من جهة اخرى ودفع اليد عن الغصب ليس وصولا الى يد المالك لكن قد
تقدم في كتاب الرهن ما يحقق ذلك على وجه يعلم منه قوة عدم الضمان ولو من جهة اقتضاء العقد الاذن في
دوام القبض وما في المسالك من ان مجرد العقد لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن بامر آخر ولو حصل زال الضمان واضح الضعف
وان حكي عن العلامة في التذكرة مستظهرا له ذلك ان كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض فلو قال ل
المالك انا ابقي المال في يدي وادفع الثمن كلما اشتريت متاعا صح الا انه كما ترى ضرورة عدم منافاة ذلك على
تقدير تسليمه لاقتضاء اطلاق العقد ذلك كضرورة المكابرة في عدم دلالة اطلاق العقد على الاذن في البقاء والعمل به
وتقلبه فانه اذا لم يكن كذلك لم يبرء حتى في صورة ما اذا اشترى به ودفع المال الى البائع الذي حكم المصنف وغيره بل في لك
الاجماع عليه بانه متى فعل ذلك برئ من الضمان لانه قد قضى دينه اي المالك باذنه ضرورة صراحة ذلك في تحقق
الاذن منه الذي هو قد اعترف صريحا بعد ذلك في كلامه بزوال الضمان معها حتى انه حكي عن بعضهم القول بالعدم وضعفه
بانه وكيل محض وان كان له في القبض مصلحة اذ هو كالوكيل بجعل وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع اطرافه واما القول
بعدم الضمان معها ايضا ففيه مضافا الى ما سمعته انه اداء اليه ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو اليد
وان اردت زيادة التحقيق في ذلك فلاحظ ما سلف لنا في كتاب الرهن والله العالم ولو كان له دين لم يجز ان يجعله مضاربة
الا بعد قبضه بلا خلاف ولا اشكال لما عرفت من اعتبار العينية في مال القراض المنافية للدينية وكذا لو اذن للعامل
في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد بعد القبض اذ هو لم يخرج بالاذن عن كونه دينا نعم لو وكله على القبض ثم العقد عليه
قراضا فيكون موجبا قابلا عنه صح بناء على جواز مثل ذلك وفي المسالك ان قول المصنف ما لم الخ اشارة الى صحة القبض وان كان
مترتبا على عقد فاسد وفيه انه يمكن ان يكون ذلك مبنيا على اجازة القبض عنه بعد وقوعه على ان ظاهر العبارة فرض
التصريح بالاذن مستقلا لا المستفادة من العقد الفاسد والامر سهل نعم لو قال بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها
فهو قراض لم يصح لان المال اي الثمن ليس مملوكا عند العقد ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع على انه مجهول بل
التعليق محقق فلا اشكال في الفساد خلافا للمحكي عن بعض العامة من الجواز ولا ريب في فساده ولو مات رب المال وبالمال
متاع فاقره الوارث لم يصح لان العقد الاول بطل بالموت وليس هو فضوليا بالنسبة الى الوارث الذي لم يكن له علقة
بالمال حال العقد بوجه من الوجوه وبذلك افترق عن اجازة البطن الاول العين الموقوفة مدة زادت على حياتهم فان

الاجارة على المدة الواقعة في نفس الامر نعم يصح باجارة البطن الثاني لتعلق حق لهم من الواقف فالاجارة على المدة الزائدة في نفس

الامر لهم وان لم يعلم بحال العقد بخلاف المقام الذي هو ابتداء ملك للوارث بالموت وح فالمدار في الفضولية كون

المعقود عليه حال العقد للغير ولكن الفضولي اجرى العقد عليه بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك ولكن بالموت ينتقل

عنه الى وارثه فليس هو في عقده على ماله فضولا عن الغير الذي لا مدخلية له حال العقد وكذا اجارة الانسان

ماله مدة مات في اثنائها هنا بناء على انفساخ الاجارة فانه لا يجدي في صحته الاستمرار اجازة الوارث نعم يجدي

اجازة الوارث في مثل الوصية التي هي تصرف بعد الموت الذي هو محل تعلق حق الوارث وفي مثل التنجيز في المرض

الذي تعلق فيه حق الوارث وصحة الاجازة في الاول قبل الموت انما هو للدليل على انه في التصرف بعده وكذا الثاني

الذي قد عرفت الحق فيه وهو واضح بل لا يصح ابتداء القراض في النض الذي قد عرفت امتزاج المال فيه بالعروض حتى

في النقد منه خاصة لعدم ذكر حصته له وانما ذكرت للجميع الذي فيه العروض نعم لو فرض كون المال ناضا واراد التجديد

عليه لم يكن به باس حينئذ اذا كان بلفظ التقرير لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص في مثل هذه العقود والله العالم ولو

اختلفا في قدر راس المال فالقول قول العامل سواء كان المال باقيا او تالفا بتفريط او غيره لانه اختلاف في المقبوض

وفي الواصل اليه والداخل تحت سلطانه بالتصرف فيه ولا ريب في ان الاصل عدم ذلك بالنسبة الى الزائد بل هو في

صورة التلف بتفريط غارم محض والاصل براءة ذمته فيكون هو المنكر بل ظاهر المتن وغيره ان ذلك كذلك حتى لو فرض

ظهور ربح لكن قد اشكل ح بان ذلك يؤول من العامل الى دعوى زيادة استحقاقه في المال المشخص بل ذلك

في الحقيقة اختلاف في قدر استحقاق العامل في المال المخصوص ولا ريب في ان القول قول المالك فيه لاصالة عدم

استحقاقه الزائد واصالة عدم ربح المال وعدم زيادته ولان الاصل مع بقاء المال يقتضي كون جميعه للمالك بل هو كذلك

حتى في صورة التلف بتفريط اذ المضمون قدر مال المالك واذا كان الاصل يقتضي كون الجميع له الا ما اقر به للعامل فهو

ضامن له ح اذ الضمان تابع للاستحقاق ومن هنا جزم في جامع المقاصد بذلك بان القول قول المالك في الفرض واستحسنه

في الرياض ولعله الاقوى ومنه يعلم ما عن بعض المحققين من ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط اذ لا يخفى عليك

ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ولو خلط العامل مال القراض بغير اذن المالك خلطا لا يتميز ضمن لانه تصرف غير

مشروع لعدم ضرورة كونه امانة في يده فلا يجوز خلطها كالوديعة على ان الشركة عيب نعم لا يبطل العقد بذلك فيقسم الربح

ح بينهما على حسب الشركة وان اذن بذلك العامل وضمن هذا كله مع اطلاق العقد اما مع الاذن في ذلك عموما او خصوصا

فلا باس به مع مصلحة في الاخير كما هو واضح الامر الثالث في الربح تلزم الحصة منه بالشرط في هذه المعاملة ان نصفا

فنصف وان ثلثا فثلث دون الاجرة على الاصح الموافق لما هو المشهور بل المجمع عليه من مشروعيتها المدلول عليها بقوله تع

الا ان تكون تجارة عن تراض وغيره وبالمتواتر من السنة المروية من الطرفين فما عن المقنعة والشيخ في النهاية وسلار

وابن البراج وظاهر ابي الصلاح من عدم مشروعيتها فليس للعامل ح الا اجرة المثل وان وقع من المالك اشتراط الحصة

من الربح الا انه من الوعد الذي لا يجب الوفاء به معلوم البطلان وواضح الفساد نعم لا بد ان يكون جميع الربح مشاعا

على جهة الشركة بينهما فلو كان لاحدهما شيء معين منه والباقي للاخر بطل اجماعا وكذا قال خذه قراضا والربح لي فسد

قراضا وان كان يمكن ان يجعل بضاعة نظرا الى المعنى اذ عرفت انها المال المدفوع ليعمل به على ان الربح لمالكه بلا اجرة

للعامل فهي ح توكيل في التجارة تبرعا لا تختص بلفظ فيه اللفظ المزبور وان ذكر فيه لفظ القراض الا انه فيه تردد

من ذلك ومن ظهور اللفظ في ارادة المعنى الحقيقي الذي هو اعم من الصحيح والفاسد وهو غير معنى البضاعة الذي هو الاقدام

ابتداء القراض

الاختلاف

على التبرع فى العمل وليس فى القرض ما يشعر بذلك بوجه فدعوى انحصار الصحيح ما صحّحه الفساد كدعوى كون اللفظ المردد كذا تردد
لو قال خذه قراضا والربح لك بين صحيح وفاسد فرضنا فالربح كلّه للعامل وبين كونه قراضا فاسدا فالربح كله للمالك وعليه
الاجرة للعامل الا انك قد عرفت ما يتوجه منه كونه قراضا فاسدا كما هو المشهور الا ان تقوم قرينة حالية او مقالية
على ارادة الاقدام على التبرع فى الاول وانشاء التمليك للمال فى الثانى وكما نرجع الى ذلك فى تلك بقوله هنا ومحل
الاشكال اذا لم يقصد القرض ولا القراض اما بان لم يقصد شيئا او لم يعلم ما قصد والا كان فرضنا فى الاول وقراضا
فاسدا فى الثانى بغير اشكال لكن لا يخفى عليك انه لا دلالة على القصد الا بظاهر اللفظ الصادر من اللافظ والفرض عدم وروده
لفظ القراض منه والمنساق من اللفظ حقيقته فليس الا الحكم عليه بارادة القسم الفاسد منه نعم بناء على اعتبار
التركيز فى الربح فى مفهوم كون القراض يتجه احتمال ارادة التجوز منه بارادة البضاعة والقرض الا ان الظاهر اعتبار ذلك فى
الصحة لا المفهوم ومع الاغضاء عن ذلك كله فالاصل احترام عمل المسلم والاصل تبعية النماء للمال وعدم انشاء التمليك
بعوض فى الذمة وبذلك يظهر لك ما فى قول المصنف اما لو قال خذه فاتجر به فالربح لى كان بضاعة ولو قال والربح لك
كان قرضا ضرورة عدم الفرق بين هذا وبين ما تقدم الا بعدم وجود لفظ القراض فيه ولكن ذلك لا يعين ارادة
القرض والبضاعة منه الا بدعوى انصراف الاطلاق اليهما او حمله عليهما ولو لاصالة الصحة كما هو ظاهر الا انها
يمكن منعها نعم لو قصد القرض والبضاعة منه لم يكن فيه اشكال بل ولا اشكال فى جريان القراض الفاسد عليه اذا قصد
به فان التصريح بالقراض وعدمه فى العقد ليس بشرط بعد صلاحيته العقد له ولو اختلفا فى العقد المبطل فى تلك
احتمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل نظرا الى ظاهر اللفظ وترجيحا للصحة ولو اختلفا فى ضميمة اللفظ قدم قول مدعى
ما يقع معه العقد لاصالة الصحة وعدم الضميمة قلت لا يخفى عليك عدم ابتناء الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك
ضرورة عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلا قرينة والاولى من ذلك فساد كثير كما انه لا يخفى عليك عدم كون الثانى
من مقام مدعى الصحة والفساد ضرورة عدم اتفاقهما على حصول المعاملة المخصوصة بينهما واختلافهما فى الصحة
والفساد كى يقدم مدعيهما على مدعيه وانما اختلافهما فى ان الواقع بينهما قراض فاسد او بضاعة صحيحة نحو الاختلاف
فى ان الواقع بينهما بيع فاسد او اجارة صحيحة ولعل الوجه فى مثله التحالف فلم يثبت العقد الصحيح لمدعيه ويبقى
على الاصل الذى قد عرفت اتحاده فى الحكم مع القراض الفاسد لقاعدة احترام عمل المسلم وتبعية النماء اللهم الا
ان يقال ان اصالة الصحة ايضا تجرى فى نحو الفرض باعتبار اتفاقهما على كون الواقع بينهما احدهما والفاسد منهما
ينتفى بالاصل فليس الا الصحيح او يقال ان محل الفرض فى عبارة تلك الاختلاف فى ضميمة اللفظ المقتضى للفساد وعدمها
ولا ريب فى موافقة الثانى للاصل نعم قد عرفت الاشكال فى الصحة مع عدم اللفظ اللهم الا ان يدعى انسياق
ذلك من نحو اللفظ عرفا وهو كما ترى خصوصا بعد ما عرفت من اقتضاء الاصول مع الشك فيتجه القراض الفاسد
والله العالم ولو شرط احدهما شيئا معينا والباقى بينهما فسد لا لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا يتحقق التركيز بل
لعدم ثبوت ما يدل على الصحة فى الفرض ضرورة اقتصار النص والفتوى على صحة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على
جهة الاشاعة بنحو النصف والثلث والربع وما يؤدى مؤداها ومنها ينقدح الشك فى تناول الاطلاقات له مع
قطع النظر عن ظهور النصوص فى البطلان ولو لظهورها فى اعتبار التركيز الاشاعية فى جميع الربح فضلا عن عدم
التنافى فى بطلان القرض وان وثق بالزيادة لعدم اشتراك جميع الربح بينهما حينئذ بعد اختصاص احدهما بشىء معين منه
كما هو واضح فلو قال خذه على النصف صح لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة ان الربح بينهما نصفين لا لان المالك لا

البضاعة والقرض

اشتراط [illegible]

يفتقر الى تعيين حصة للتبعية وانما يفتقر اليها العامل الذي قد ذكر ان النصف له فانه المحتاج الى الاشتراك فما نظر فيه في المسالك
بانه كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف المذكور للمالك والآخر لم يذكره اتكالا على التبعية فيبطل العقد وانتفاؤه الى
تعيين حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المنزل محمولا عليه وان كان ذلك لا يخلو من نظر خصوصا بعدما سلف منه
من امكان تشخيص اصالة الصحة نحو ذلك الا انه يسهل الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور من غير احتمال اختصاص
لاحدهما وكذا لو قال خذه على ان الربح بيننا للتبادر المذكور ومن هنا لو اتفقا على ذكر ذلك واختلفا بالتفاوت
يقضى بالربح بينهما نصفين كما في كل مقام ذكر فيه لفظ الاشتراك او ما يؤدي مؤداه في الاقرار وغيره فانه يفهم عرفا
منه مع الاطلاق التساوي فما عن بعض الشافعية من الحكم بالبطلان لمنع التبادر المزبور فيجهل العقد واضح
الفساد والله العالم ولو قال خذه على ان لك النصف صح واما لو قال على ان لي النصف واقتصر لم يصح لانه لم يعين
للعامل حصة وقد يقال في وجه الفرق ان الربح لما كان تابعا للمال والاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته
فان عينها كان تاكيدا واما تعيين حصة العامل فلا بد منه لعدم استحقاقها بدونه فاذا قال النصف لك كان
تعيينا لحصة العامل وبقي الباقي على حكم الاصل بخلاف العكس فانه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر كغيره بل هو باق
على حكم الاصل ايضا فيبطل العقد قلت قد يمنع ذلك بدعوى انسباق ارادة كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه
العبارة عرفا من غير فرق بين ذكر النصف للمالك او للعامل فان المراد النصف الآخر للآخر كما هو واضح ولو شرط لغلامه في اشتراط الحصة
او غلام العامل حصة معهما صح عمل الغلام او لم يعمل بناء على ان العبد لا يملك شيئا فاشتراطها له اشتراط للسيد
والفرض انه احدهما ويجوز تساويهما في الحصة وتفاوتهما نعم بناء على ملكه يتجه فيه ما سمعته من الاشتراط للاجنبي
لكن قد يناقش بعدم دلالة الاشتراط للعقد على ارادة الاشتراط للسيد وعدم قابلية العبد للملك لا يصلح قرينة
لذلك على انه يمكن فرض العلم بعدم ارادة ذلك والمتجه حينئذ البطلان الا ان الانصاف امكان دعوى الانسباق عرفا
ارادة المالك على نحو الاشتراط للدابة او السفينة واما لو شرط لاجنبي ولو كان خادما لاحدهما فالمشهور انه ان كان عاملا شرط الاجنبي
صح الشرط لانه يكون بمنزلة العامل المتعدد وان لم يكن عاملا فسد لان الثابت من القراض ما كان تمام الربح فيه
مشتركا بين المالك والعامل هذا ولكن في المسالك لا بد من ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من اعمال التجارة لئلا يتجاوز
مقتضاها وانما وصفه بالاجنبي مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من يكون اليه التصرف في جميع ما يقتضيه
العقد وهذا المشروط له ليس كذلك وانما اشترط عليه عمل مخصوص بان يحمل لهم المتاع الى السوق او يدلل عليه ونحو
من الاعمال الجزئية المضبوطة فلو جعل عاملا في جميع الاعمال كان العامل الذي هو احد اركان العقد متعددا وهو غير
محل الفرض وبهذا يندفع ما قيل من ان شرط ينافي كونه اجنبيا قلت قد يقال ان ظاهر النصوص والمتيقن منها كون الربح
في القراض بين المتقارضين والمقارض والعامل المذكور ان فرض كونه مقارضا صار من تعدد العامل وهو غير
ما نحن فيه ولذا اعتبروا فيه تعيين العمل الذي لا يعتبر مع فرض كونه مقارضا والا كان اجنبيا لا يجوز الشرط له
وان عمل بعض مقدمات التجارة فان ذلك لا يجعله عاملا بمعنى كونه مضاربا والا لجاز الشرط مع العمل بغير التجارة بل
ومع عدم العمل اصلا ضرورة اشتراك الجميع في المصحح بناء على انه الاشتراط المزبور ومن ذلك يعلم ما في قول المص وغيره
وجه آخر بناء على انه ما حكاه في المسالك من صحة الشرط لو وان لم يعمل لعموم المؤمنون واوفوا وان المشروط يكون للمالك
حيث لم يعمل رجوعا الى اصله لئلا يخالف مقتضى العقد ولاقدام العامل على ان له ما عين له خاصة اذ قد عرفت
ان ظاهر النصوص او الثابت منها ما سمعت على وجه لا يعارضه العموم المزبور بناء على شموله لمثل المقام والله العالم ولو

قال دفعه في احدنا ولك نصف ربحه صح بلا خلاف ولا اشكال وانما ذكره متقدم لتوهمه وكذا لو قال ربح نصفه بناء على ارادة
نصف ما يربح من المال قل او كثر اذ هو ح كالاول في المراد وان تغيرت العبارة وذلك ولان الغرض اشاعة النصف في كل
جزء من المال اذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك ولو فرض كون الربح للنصف خاصة كان ذلك هو كمال والذي
لم يربح لا اعتداد به ولكل جزء من النصف الذي ربح بين المالك والعامل لما عرفت من الاشاعة المذكورة وبذلك ظهر لك
ان ما عن احد قولي الشافعي من البطلان واضح الضعف بناء على ارادة ما فرضناه وظني انه لا يريد خصوصا بعد تعليله
البطلان بما فانه لمقتضى القراض من ان ربح كل جزء بينهما وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا بنا وكونه العامل و
الاخر بالعكس وربما ربح نصفه فيختص به احدهما او ربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة ضرورة ظهوره من فرض موضوع
البطلان انحصار كل منهما في النصف من حيث النصفية ولا ريب في البطلان مع هذا القصد وربما كان ذلك هو المنساق
في بادي النظر من مثل اللفظ المزبور لا ان التامل الصادق يقضي بارادة ما ذكرناه اولا فتم والله العالم ولو قال لاثنين مثلا
ضاربتكما بهذا المال مثلا ولكما نصف الربح مثلا صح لاطلاق الادلة والسيرة ولفظ العامل في النصوص يراد منه الجنس الشامل
لما زاد على الواحد والمثال كالمالك فانه لا يعتبر فيه الاتحاد ايضا فيجوز مضاربة الاثنين لواحد مثلا كما انه يجوز في الصورتين
تعيين كل من مالي العاملين وعدمه وبذلك ظهر لك الحكم في جميع الصور المتصورة في المقام كما انه ظهر لك ما تقدم سابقا
انه لو وقع عقد المضاربة مع العاملين على النحو الذي فرضناه صح وكان بينهما اي النصف سواء لما عرفته من اقتضاء الاطلاق
ذلك ولو للتبادر نعم لو فضل احدهما صح ايضا عندنا وان كان عملهما سواء او مختلفا لان غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب
العمل الكثير والحصة على الشرط مع ضبط مقدارها ولان عقد الواحد مع الاثنين كعقدين فيصح كما لو قارض احدهما في نصف المال
بنصف الربح والاخر في نصفه الاخر بثلث الربح فانه جائز اتفاقا كما في لك خلافا لبعض العامة حيث اشترط التسوية بينهما
في الربح مع استوائهما في العمل قياسا على اقتضاء الشركة الابدان ذلك والاصل والنزاع عندنا باطلان لبطلان ما يحكى عن
الجويني منهم من اعتبار الاستقلال لكل من العاملين في صحة مضاربتهما فلا يجوز اشتراط مراجعة احدهما الاخر اذ هو كما ترى
لا مستند له بل اطلاق الادلة على خلافه وقد انما الكلام في جملة من الفروع المتعلقة بالمسئلتين التي لم نعثر على محررها منها ما لو
اتفق فسخ المضاربة بناسخ قهري او اختياري وكان احدهما قد عمل وربح والاخر بعد لم يعمل فهل يستحق حصته من الربح وان لم
يكن له مال ولا عمل منها بناء على فرض الاثنان واحد بعقد واحد وحصة مشاعة منها الا ان مال كل منهما متميز فعمل باحدهما
وربح ولم يعمل بالاخر او عمل ولم يربح واتفق انفساخ المضاربة فهل يستحق من لم يربح مال المربوح مال الاخر وهل يجبر خسارة مالي
احدهما بربح مال الاخر باعتبار اتحاد عقد المضاربة او لا بل هي بمنزلة مضاربتين يلحق كلا منهما حكمها بالنسبة الى ذلك
من غير مدخلية للاخرى فيها وانما الاتحاد يؤثر بالنسبة الى سراية الفسخ او الانفساخ من احدهما الى الاخر لكون العقد
واحدا فلا يتبعض وان كان الذي يقوى في هذا الثاني كما ان الذي يقوى في سابقه الاول لانه مقتضى عقد المضاربة
الى غير ذلك من الفروع في المقام التي تلحق الصور المتصورة فيه باعتبار تعدد المالك والعامل واتحاد المال وتعدده ومنشاء
الاشكال في الجميع اتحاد صيغة المضاربة فتم والله العالم ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك بيمينه عند علمائنا
كما في التذكرة لانه منكر للزائد ولان الاصل تبعية النماء للمال فلا يخرج عنه الا ما اقر المالك بخروجه عنه من غير فرق في ذلك
بين ظهور الربح وعدمه كما لكن في جامع المقاصد هذا واضح ان كان الاختلاف قبل حصول الربح لان المالك متمكن من منع الربح كله
بفسخ العقد واما بعد حصوله فان كلا منهما مدع ومدعى عليه فان المالك يدعي استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا
والعامل ينكر ذلك وضعفه في لك بان نفس العمل لا يثبت ولم الدعوى لانه بعد انقضائه لا يمكن دعوى المالك استحقاقه

الكلام في الربح

الكلام في الاختلاف

وكذا لو

وكذا مثله لان العقد الجائز لا يستحق به العمل وانما المستحق المال الذي اصله للمالك وحقيقة النزاع فيه فيجري فيه ما تقدم من الاصول
ثلثا ولا يتصور النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربة ولو بالاشتراط في عقد لازم وحج فيه دعوى المالك
وثانيها انه لا ريب في ان كلا منهما مدع منكر اذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ضرورة انتفاء الاصل
عدم كل من الشخصين ثم بعد تنافي الاصول في ذلك يرجع الى اصل آخر ولا ريب في كونه مع المالك لان الاصل عدم
[illegible] العامل الزايد بنحو ما ذكروه في الاختلاف في الاجرة في عقد الاجارة والثمن في البيع مع تلف عين المبيع وغير
ذلك [illegible] التي حكموا فيها بان القول قول المالك بل ظهر لك انه لو تبين ذلك في حال ظهور الربح واما حال عدمه
دفع القراض وموضع لزوم العقد فانه وان كان قد يتوهم ان المالك مدع استحقاق العمل لكن قد يدفع بان الفائدة تنفيا على استحقاقه
وانما النزاع في الحصة كالاجرة ولا ريب في ان مدعي الزايد هو المدعي بقطع النظر عن النزاع في تشخيص العقد
المتضمن لها والله العالم ولو وقع نزاعهما في مرض الموت وشرط ربحا ما وملك العامل الحصة وان كانت ازيد من اجرة المثل
وقلنا بان التبرعات من الثلث لكن من المعلوم ان ذلك فيما اذا فات بسببها على الوارث بخلاف المقام الذي لا فوات
فان الربح امر معدوم متوقع الحصول وليس مالا للمريض بل هو على تقدير حصوله امر جديد حصل بسعي العامل وحدث على ملكه
بعد العقد فلم يكن للوارث فيه اعتراض وبذلك افترق عن مثل نماء الدابة والشجرة ولو قال العامل ربحت كذا ورجع
لم يقبل رجوعه وكذا لو ادعى الغلط لسبق اقراره الماضي عليه بقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز وقاعدة عدم
٢ علم سماع الانكار بعد الاقرار السالمتين عن معارضة قاعدة سماع الامين في كل ما يدعيه بعد ثبوت هذا العموم فيها
وانما الثابت المسلم منها ما لم يسبق باقرار وعلى فرض العموم المذكور يمكن ترجيح قاعدة الاقرار عليها فتخص بها بل قد يقال
ان ما نحن فيه من تقديم احد قولي الامينين على الآخر وعلى كل حال فلا ريب في تقديم اقراره السابق من غير فرق في ذلك
بين ذكره وجها له محتملا وعدمه خلافا لبعض العامة بل ظاهر قول المصنف وغيره لم يقبل عدم سماع بينته على ذلك لكونه
مكذبا لها باقراره السابق وعموم البينة على المدعي انما هو ظاهر في كون الدعوى مسموعة لا ما اذا اسقطها الشارع بقاعدة
الاقرار ويبقى حينئذ شهادة البينة نفسها بلا دعوى ولا ريب في تقديم قوله المخالف لها عليها لعدم ثبوت حجيتها في
دعوى التلف هذا الحال خصوصا بعد ان كان المشهور بين الاصحاب عدم تقديم قولهم فيه فتأمل هذا كله اذا كان ذلك منه رجوعا
او دعوى غلط او نحو ذلك اما لو قال ثم خسرت او قال ثم تلف الربح قبل لانه امين مصدق بالنسبة الى ذلك نعم قد يقدح
في التذكرة فيما اذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بان عرض في السوق كساد والا لم يقبل ولا بأس به والعامل يملك
حصته من الربح بظهوره ملكا متزلزلا ولا يتوقف ذلك على وجوده ناضا على المشهور بين الاصحاب بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه
منا كما في المسالك بل لعله ظاهر التذكرة ايضا لانه مقتضى العقد والشرط والفتوى على كون الربح بينهما ولا ريب في تحققه بمجرد
ظهوره لغة وعرفا وخصوص الصحيح رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد
درهما واحدا انعتق واستسعى في مال الرجل اذ لو لم يكن مالكا للحصة بالظهور لم ينعتق فلا وجه حينئذ لذلك الا دخول الحصة
في الملك ويسري العتق في الباقي كما هو القاعدة فيه ولان الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك وربما لا يملكه
اتفاقا ولا يثبت احكام الملك في حقه فلم يبق الا ان يكون العامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقا ولان العامل يملك المطالبة
بالقسمة التي هي فرع الملك اذ لا يكفي في استحقاقها هنا مجرد العلقة لان الفاسخ ليست قسمة حقيقية واطلاقهم يقتضي انها
حقيقية لكن مع ذلك كله عن الفخر عن والده ان في المسألة اربعة اقوال وان كان لم يذكر القائل بها احدها ما سمعت الثاني
الملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل مقدر موهوم والمملوك لا بد ان يكون محقق الوجود ثم الظهور موجب

لا يستحق الملك بعد التحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصته من اتلف المال وان كان المالك للثالث الملك بالقسمة لانه
لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال كسائر الاموال المشتركة والتالي باطل لانحصاره في الربح ولانه
لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كمال الجعالة
الرابع ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على
تمام العمل الموجب للملك لكن في ذلك عن التذكرة انه لم يذكره عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سواء القولين الاولين
وجعل الثاني للشافعي في احد قوليه ولا حمد في احد الروايتين ووافقنا الباقي على الاول فلا ندري لمن نسب اليه
هذه الاقوال وهي هذه الاقوال متبعة المأخذ فانا لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود ولان المال غير منحصر في النقد
فاذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة راس المال والزايد ربح محقق الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود
لا يقدح في كونه ملكا فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة امر كلي هذا ما على الثاني وعلى الثالث
انه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع اذ يجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لراس المال فيكون الملك
متزلزلا واستقراره مشروط بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لو اختص بربح
نصيبه لاستحق من الربح اكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالفه مقتضاه ولان القسمة ليست من العمل في شيء فلا معنى لجعلها
تمام السبب في الملك فلا وجه للالحاق بالجعالة كما نبه عليه في وجه الرابع ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع
لانه مترتب عليها وقد تبع بذلك كله او اكثره ما في التذكرة وجامع المقاصد الا ان الانصاف عدم خلو المسألة من اشكال
ان لم يكن اجماعا وذلك لان الربح ما زاد على عين الاصل الذي هو راس المال وقيمة الشيء امر وهمي وهي لا وجود لها ذمة ٢ حيثيته
ولا خارجا وانما هو من فرض الذهن وبذلك افترقت عن الدين الذي هو وان كان كليا الا انه مال شرعا وعرفا موجود
في الذمة بخلاف قيمة الشيء وعدم انحصار المال في النقد بل هو والعرض مال لا يقتضي تحقق الربح حقيقة بعد ما عرفت
انه حقيقة الزايد على عين راس المال المتوقف على تحقق راس المال في الخارج ولا يكفي فيه كون الشيء يسوى مقدار راس المال
ضرورة عدم صيرورته بذلك عين راس المال نعم قد يطلق على مثل ذلك انه ربح تسامحا بناء على اصل السلامة وامكان
الانضاض في سائر الاوقات ونحو ذلك مما يخرجه من القوة الى الفعل وحيث كانت قريبة اليه اطلق عليه اسم الربح
وبذلك يظهر لك سقوط جملة من الادلة السابقة المبنية على كون الربح ذلك حقيقة ولعل القسمة حقيقة
انما يتم الفسخ بعد رضا المالك بالعرض عوضا عن راس ماله وهو خروج عما نحن فيه نعم لا باس ان يقال انه بالظهور يملك
العامل ان يملك بمعنى ان له الانضاض ولو قدر راس المال فيتحقق الربح ح وبتبعه تحقق الملك وبه يورث ويضمن الثالث له
وغير ذلك فان اراد الاصحاب بالملك حال الظهور هذا المعنى الذي لا ينافيه قواعد التركة ولا قاعدة بقية النماء
ولا غير ذلك كان متجها والا فقد عرفت ما فيه ان لم يكن اجماعا بل لعل الوجه في خبر عتق الاب ذلك ايضا بناء على
الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية فان ملك ان يملك جزءا من الاب ايضا موجب كالملك نفسه نعم جيدا
فان المسألة محتاجة الى تأمل وحسن انتقاد وكيف كان فقد صرح غير واحد من الاصحاب القائلين بالملك بالظهور ان
المراد به ملك متزلزل بل لعله اجماع بينهم وح فالكلام فيما يستقر به وفي لك هو اما انضاض جميع المال او انضاض قدر راس المال
مع الفسخ او القسمة او لا معها على قول قوي وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف او خسران سواء كان الربح والخسران
في مرة واحدة او مرتين او في صفقة او اثنتين وفي سفرة ام سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن راس المال في زمن
ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا ربح وهو محل وفاق وسيأتي بعض احكام ذلك وفي القواعد وانما يستقر بالقسمة او الانضاض

والتحجير

والفسخ قبل القسمة وتفصيل الحال ان في المسألة صوراً وذلك لانه اما ان ينضم الى الظهور انضاض جميع المال او قدر راس المال مع الفسخ
والقسمة او احدهما او بدونهما او ينضم اليه القسمة دون الانضاض ثم القسمة اما للربح فقط او للجميع فالاولى ان ينضم
الى الظهور الانضاض لجميع المال او قدر راس المال فقط مع ضميمة الفسخ او القسمة ولا ريب في الاستقرار ح ضرورة انتهاء
العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك الثانية الصورة بحالها لكن مع عدم القسمة وفيه وجهان وجههما في جامع المقـ
ونقلهما في التذكرة واختار هما في ظ القواعد الاستقرار لان العقد قد ارتفع وراس المال حاصل ناض فيخرج عن كونه
وقاية لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد ولوجوب صرف الربح الى ما شرطاه حيث ارتفع العقد والثاني العدم
للاستصحاب ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولعله لذلك تردد الفاضل في محكي التحرير لكن قد يجاب عنهما بحصول
الناقل عن الاول بارتفاع العقد المقتضي لخروج المال عن كونه مال قراض فيبقى امانة لان اليد في الاصل لم تكن يد ضمان
فيبقى حكم جبرانه من الربح لانه دار مع كونه قراضاً وبان وضع اليد على مال الغير وان كان في العهدة الى الاداء الا انه لا
يلزمه خسران التالف بغير تقصير من الربح في صورة النزاع والا لانتقض بما بعد القسمة قبل القبض وفيه منع ارتفاع
صدق اسم مال القراض عليه وان ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مضارباً والا لزم مطلقه ان الوضيعة في مال
المضاربة على الربح الذي هو بينهما مع عدمها فالمتجه بقاء حكم المضاربة على ما لها حتى صارح وفي عدم ضمان بعض
مالها وقلنا بان للمالك مطالبة العامل بذلك اذ هو ليس لبقاء حكم العقد السابق وان انفسخ ويجاب يرشد الى ذلك
ما تسمعه في الصورة الثالثة بل قد يقال ان تسليم راس المال الى المالك الذي اخذ منه من تتمة انتهاء عمل المضاربة
والا لزم عدم كون الخسران من الربح فيما لو نقص المال اجمع في بلد عمل العامل الذي سافر اليها وفسخ هو عقد المضاربة ثم
تلف بعض المال قبل الوصول الى المالك والتزامه مناف لظاهرها ولتزل الى غير ذلك مما لا يخفى بادنى تامل كن باده نعم عرض من
المضاربة قبل القسمة وقبل الوصول فان الظ استحقاق العامل فيها على شرطه في عقد المضاربة وغير ذلك مما يعرف
منه نوع الوجه الثاني والله العالم الثالثة ان يقع الفسخ والمال عروض كله او بعضه بحيث لم ينض راس المال فان حصلت القسمة
مع ذلك حصل الاستقرار لانقطاع حكم القراض والابتنى على ان العامل هل يجبر على البيع والانضاض فان قلنا به فحكم القراض باق
لبقاء العمل وان قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين في الصورة الثانية الرابعة ان تكون القسمة للربح خاصة ولا
ريب في مدخليته في الاستقرار بل ان حصل شيء من الامور المذكورة يقتضي الاستقرار بثبوته والا فلا وبذلك كله ظهر لك
ما في عبارة القواعد من الحكم بالاستقرار بالقسمة في مقابل الانضاض المقتضي للاستقرار بها وان كان المال عروضاً كله
او بعضه فانه يقتضي عدم ايجابها الاستقرار بمجردها من دون فسخ القراض اذ لا معنى لهاج الا قسمة الربح لان راس المال لا شركة
فيه الا باعتباره وقسمة الربح وحدها لا تخرجه عن كونه وقاية اذ المدار فيه على ارتفاع القراض وانتهاء عمله وكذا قوله
او الانضاض والفسخ يقتضي ظاهراً اعتبار انضاض جميع المال وقد عرفت انه يكفي انضاض قدر راس المال كما انه يقتضي عدم
الاستقرار اذا حصل الفسخ والمال عروض لكنه يتجه على مختاره من وجوب الانضاض على العامل واما عبارة لك فلا ريب
في فسادها على ما حضرني من نسختها من عطف القسمة باو ولكنها غير نقية من الغلط والمتجه كونها بالواو وح يأتي بما
الصورة الثالثة
اختاره البحث السابق الذي ذكرناه في الصورة الثانية واما الصورة الثالثة فليست مذكورة في كلامه وظاهره
عدم الاستقرار فيها وقد عرفت الحال كما انك عرفت الاشارة الى صورة الفسخ مع ضميمة قبل القبض والمتجه حصول القرار
فيها بل والمتجه القرار ايضاً باتلاف المالك مال المضاربة الذي ظهر فيه الربح لتمحض حق العامل في ذمة المالك وانفساخ
المضاربة كما لو استرد المال منه بخلاف ما لو اتلفه اجنبي فان الظ بقاء المضاربة فيما اشتغلت به ذمة الاجنبي كما صرح به الفاضل

في التذكرة والله العالم الامر الرابع في اللواحق وفيه مسائل الاولى لا خلاف ولا اشكال في ان العامل امين بل هو اجماعي فلا يضمن

الا من تفريط او جناية ولو للتعدي فيه بان خالف فيه ما لم يأذن له شرعا فيه وللمالك فيه السفر بلا اذن المالك وشراء شيء نهاه

المالك عنه ونحو ذلك مما عرفت ضمان العامل فيه وان ثبت المضاربة بل لكن الادلة كونه ضامنا للوضيعة التي تكون في ذلك

بل صرح بعضهم او ظاهره ضمانه الثمن الذي يكون للشيء في البلد التي سافر عنها بل قيل او يقوى ضمانه الوضيعة المتجددة بعد

التعدي وبالسفر مثلا ولو تساوى السعر في البلدين على وجه لو بقي في البلد التي سافر عنها لحصلت تلك الوضيعة ايضا

لاطلاق كونها على العامل مع مخالفته نعم لو فرض كون الوضيعة سابقة على سفره فتعدى وسافر وباع بما فيه تلك الوضيعة

امكن عدم الضمان ثم وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف في ان قول العامل مقبول في التلف لانه امين وذو يد على

المال باذن المالك من غير فرق بين عندنا بين دعواه التلف بامر ظاهر يمكن اقامة البينة عليه او خفي وهل يقبل في الرد

فيه تردد من كونه امينا كالودعي ولاني عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق لاحتمال صدقه فتكليفه ثانيا بذلك من

ذلك او التخليد بالسجن وهو المحكي عن الشيخ ومن اصالة عدم الرد فيكون المالك منكرا الظهر انه لا يقبل لعموم قوله البينة

على المدعي وقبول قوله في التلف مثلا لا يقتضي القبول في ذلك وليس في الادلة ما يقتضي قبول قول الامين في جميع ما يدعيه

على وجه يشمل ما نحن فيه والقياس على الودعي غير جائز عندنا خصوصا بعد الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصة

بخلاف المقام الذي هو لمصلحتهما والتكليف برد المثل والقيمة يرفع التكليف بما لا يطاق والتخليد بالسجن اذ الكلام هنا في القبول

وعدمه من حيث الغرامة وعدمها لا من حيث خصوص العين وعدمها فمن الغريب ما في جامع صحك ولكن من انه لو لم يقبل

قوله في الرد يلزم تخليده في السجن لو اصر على انكاره المحتمل الصدق وهم قد تحرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف

فضلا عن المقام الذي هو امين الا ان يحمل على مؤاخذته ومطالبته به وان ادى الى الحبس للاستظهار الى ان يحصل اليأس

من ظهور العين ثم يؤخذ منه البدل للحيلولة الا ان مثل هذا يأتي في دعوى التلف خصوصا في الغاصب وليس في كلامهم

تنقيح لهذا فينبغي النظر فيه قلت لا باس بالتزامه في المقام والغاصب مع فرض ثبوت العين عنده في ظاهر الشرع الا ان يرضى

المالك بالبدل ويكون ذلك من جملة الترتبات الشرعية لكن لا يخفى عليك ان ذلك كله خروج عما نحن فيه وان كان هو

جيدا حيث تكون الدعوى في خصوص العين فاطلب فيه صاحب الحدائق من الانكار عليه فاني لا اعرف له وجها

اذ الدعاوى كلها من هذا القبيل في غير محله ضرورة انه ليس ذلك منها في دعوى الغرامات ونحوها وانما هو في دعوى خصوص

العين نعم فيه ما ذكرناه من ان المراد هنا من القبول وعدمه بالنسبة الى الغرامة ولو فرض ارادة المالك خصوص العين لا

يتجه ما ذكرناه ثم جيدا والله العالم المسألة الثانية اذا اشترى العامل من ينعتق على رب المال فان كان باذنه صح الشراء

وينعتق فخرا عليه لعدم ملك الولد العمودين فان فضل شيء من المال الذي دفعه للقراض عن ثمنه كان هو الباقي قراضا

لعدم انفساخ عقده والا بطل القراض لان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلا ومن جملته شراء

من ينعتق على المالك لانه تخسير محض فضلا عن اشتماله على الغرض المقصود من العقد فمع فرض اذن المالك فيه وشراء العامل له

بعنوان هذا الاذن لم يكن ذلك من تصرفات المضاربة وانما هو من تصرف الوكالة الخارجة عنها فتبطل ح في ثمنها الذي هو بمنزلة

استرداد المالك له ويكون الباقي ح رأس المال ان كان والا بطلت المضاربة من اصلها هذا كله اذا لم يكن في العبد ربح حين

الشراء واما لو كان فيه ابتاع العبد المذكور فضل فالمحكي عن بعض انه متى كان كذلك ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة لتحقق

الملك بالظهور ولا يندفع فيه العتق المترتب الصادر باذن المالك الذي مرجعه الى استرداد طائفة من المال بعد ظهور

الربح وانه فيها وان سرى على العامل ايضا بناء على الرابع في مثله الا انه يغرم المالك له نصيبه مع يساره والا استسعى العبد فيه

المسألة الثالثة

ولكن مع ذلك كله الوجه عند المص وثاني الشهيدين وغيرهما الاجرة لا الحصة لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة
المعروف منه امكان تقلب المال للربح واما الاجرة فهي كما في المسالك على هذا العمل وعلى ما تقدمه من الحركات والسفر وغيره من المقدمات
من حين العقد الى حين وقوع الشراء الذي هو مع اذن المالك في نوع نسخه فيثبت للعامل عليه الاجرة كما اذا فسخ المالك
قبل ان يشتري العامل ولكن ان سعى وسافر وعمل نحو ذلك واما العمل المذكور فهو وان لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل
مأمور به من المالك من فاعل معتد بنفسه للعمل بعوض فيجب ان يثبت اجرة مثله بل على فرض اختصاص العمل من حين العقد
فيه فيه الاجرة ان كان مثله مما يحتمل الاجرة والا فلا وحكم المص ره وغيره بالاجرة لا يسع ازيد من ذلك بل المراد ان كان
العمل له اجرة فان الاحالة على اجرة المثل يقتضي ان للمثل اجرة قطعا الى ان قال وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل
الوكيل الذي يحمل عمله على التبرع والاجرة ليست من مقتضيات ثم بخلاف القراض فانه مبني على طلب العوض على عمله من حصة
او اجرة فلك هذا الخلاصة ما في المسالك برجاح سند بل وغيرهما لكن لا يخفى عليك اولا انه لم يكن اجماع انه لا مانع من
جعل مثل هذا التصرف من مقتضى المضاربة مع التصريح من المالك على جهة حفان حصته من الربح او يبيع العبد فيها
او صيرورة العبد مشتركا بينه وبين المالك بناء على عدم السراية لاطلاق الادلة بل لعل صحيح شراء العامل اباه الموجب
لسراية العتق اليه على المالك مما قد يومي اليه ايضا وقد عرفت سابقا عدم دليل على اعتبار امكان التقلب في كل جزء
من مال المضاربة نعم قد يقوى ان ذلك ونحوه لا يندرج في اطلاقها وثانيا ان المتجه عدم الحصة والاجرة معا بناء على
عدم كونه من تصرف المضاربة ضرورة صيرورته بالاذن في ذلك دليلا مختصا على ذلك اذا كانت هي المراد منها وان
ادى ثمنه من مال المضاربة الذي هو احد اموال المالك وما ذكره من الاجرة على المقدمات خروج عما نحن فيه ضرورة كون
الكلام في الاجرة على نفس العمل كما ان دعواه الفرق المذكور بين العامل والوكيل كما ترى اذ هو في عمل العامل فيما عقد عليه
من العمل لا في عمل اجنبي خارج عن المضاربة على ما هو المفروض نعم يبقى احتمال الاجرة باعتبار كونه عملا مأذونا فيه ولم
يظهر من العامل التبرع لتصريحه بالحصة فيها وكان العمل مما له اجرة من غير فرق في ذلك بين عامل اباه وغيره
كما انه لا فرق في المقام بين ظهور الربح وعدمه بناء على ذلك لتحمل الاجرة من المص وغيره فيما لو ظهر الربح في غير محله
بناء على ان ذلك ليس من عمل المضاربة كما هو واضح وثالثا ان ما ذكره من ان ذلك من المالك في نوع فسخ المضاربة
في ثمن العبد فيها فيه بانه يقتضي انفساخ العقد اجمع لعدم تبعض العقد بالنسبة الى ذلك لا ان المضاربة باقية
فيما بقي اذ ليس هو كتلف بعض راس المال اذ ليس ذلك فسخا للعقد بل خروج عن قابلية جريان اثر العقد فيه فالاولى
جعل المقام منه لا من فسخ المالك في بعض مال المضاربة باشتراء ونحوه والامر سهل والله العالم هذا كله اذا كان
الشراء من العامل باذن المالك وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل اي كان موقوفا على الاجازة لصحة الشراء
وبقية العقد وان لم يكن من المضاربة بناء على عدم اندراج مثلها في نحو صحاح التصريح بالاذن فضلا عن الاطلاق
واحتمال البطلان وعدم تاثير الاجازة في مثل هذا التصرف للنهي عنه كما ترى ضرورة عدم النهي عنه لذاته وبعض
اركانه كي يترتب عليه الفساد وانما هو لعدم ترتب حكم المضاربة عليه وذلك لا ينافي الفضولية خصوصا اذا كان
قد ادرجه بعنوانها كما هو واضح وعلى كل حال فظاهر المص عدم الفرق في ذلك وفيما ياتي من الشراء بالذمة بين العلم بالنسب
وحكم الشراء المذكور والجهل بهما او باحدهما لما عرفت من عدم دخول هذا التصرف في المضاربة حتى مع التصريح بالاذن
والتباس الامر ظاهرا لا يقتضي الاذن لكن احتمل بعضهم الفرق او مال اليه فحكم مع الجهل بصحة البيع والانعتاق على المالك
قهرا ولا ضمان على العامل لان العقد المذكور انما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب

الشراء لشيء معين